This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

CULPAE PRAESTATIONE IN OBLIGATIONIBUS,

QUOD,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

BERNARDI TER HAAR,

THEOL. DOCT. ET PROF. ORD.,

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

PRO GRADU DOCTORATUS

SUMMISQUE IN JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS

IN ACADEMIA RHENO-TRAJECTINA

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

PUBLICO ET SOLEMNI EXAMINI SUBMITTIT

PETRUS RUTGERUS FEITH,

AMSTELODAMENSIS,

DIE XX M. JUNII A. MDCCCLIX, HORA XI.

AMSTELODAMI,
APUD J. D. SYBRANDI.
MDCCCLIX.

JUN 11 1934

ACADEMISCHE PROEVE

OVER DE

LEER DER CULPA

IN DE VERBINDTENISSEN.

DOOR

P. R. FEITH.

AMSTERDAM,
J. D. SYBRANDI.
1859.

INHOUD.

Hfdst. I. HISTORISCHE INLEIDING.

§ 1. *Inleiding* . . . . . Blz. 1

§ 2. *De oude theorie* . . . . . „ 4

§ 3. DONELLUS . . . . . „ 7

§ 4. VON LÖHR *en* SCHÖMAN . . . . „ 10

§ 5. HASSE. . . . . „ 13

§ 6. *De volgers van* HASSE. . . . . „ 16

§ 7. SCHAAF . . . . . „ 19

Hfdst. II. DE LEER DER CULPA IN HET ROMEINSCHE REGT.

§ 8. *Begrip van culpa in het algemeen.* . „ 23

§ 9. *Begrip van dolus en culpa in engeren zin.* . . . . . „ 28

§ 10. *Regtsgrond van de praestatio culpae* . „ 38

§ 11. *Culpa dolo proxima* (*culpa lata*) . . „ 50

§ 12. *Eigenlijke culpa* (*culpa levis*) . . „ 66

§ 13. *Culpa et diligentia* . . . . . „ 81

§ 14. *Custodia* . . . . . Blz. 93
§ 15. *Diligentia quam suis (culpa in concreto).* . . . . . „ 111
§ 16. *Verdeeling der contracten naar de praestatio culpae* . . . . . „ 129

Hfdst. III. DE LEER DER CULPA IN HET NIEUWE RECHT.

§ 17. *De Duitsche wetgevingen.* . . . . . „ 142
§ 18. *De Fransch-Nederlandsche wetgeving.* „ 153
§ 19. *De culpa in de verschillende verbindtenissen* . . . . . „ 168

EERSTE HOOFDSTUK.

HISTORISCHE INLEIDING.

---

§ I.

Inleiding.

TITIUS lijdt door toedoen van SEJUS eenige schade, welke hij zonder hem niet zou geleden hebben: moet SEJUS die vergoeden?

De beantwoording dezer vraag, welke zich onder zoovele verschillende omstandigheden in de zamenleving voordoet, vormt een der gewigtigste en meest omvattende onderwerpen van het regt. De dief, die ons besteelt, de werkman, die een zwaar vat uit een zolderraam laat vallen en daardoor onzen voorbijgaanden slaaf doodt, de onbekwame beheerder, die onze belangen verwaarloost, de concurrent, die tot ons nadeel zijne zaken begint: zij allen brengen ons op de eene of andere wijze eenig nadeel toe. Maar kunnen wij daarom van die allen vergoeding voor de geleden schade vorderen? Ieders regtsgevoel beantwoordt die vraag ontkennend, en niemand zal op het denkbeeld komen, om b. v. in het laatste voorbeeld de

schade onregtmatig te noemen. De zoo even gestelde vraag wordt dus teruggebragt tot deze: „Welke schade is als regtmatig, welke als onregtmatig te beschouwen?"

Ter juiste beantwoording dier vraag moet men dan twee gevallen onderscheiden.

1. Beide partijen stonden ten opzigte van de beschadigde zaak in geene betrekking tot elkander. Zij kunnen hier niet de eene of andere mate van zorg van elkander verlangen: alleen als de daad zoodanig was, dat de dader daartoe onder geene omstandigheden het regt kon hebben, als de daad in abstracto onregtmatig was, moet de schade vergoed worden. Hieronder zal b. v. het geval van het stelen eener zaak of het dooden van een slaaf behooren: daar zulke handelingen reeds op zich zelf beschouwd eene regtsschennis daarstellen. Men treedt daardoor buiten den kring zijner regtsbevoegdheid, en er is dan ook niets dan de enkele toerekenbaarheid dier daad vereischt, om den dader voor alle nadeelige gevolgen, die zij ten opzigte van een ander kan hebben, aansprakelijk te stellen: *in lege Aquilia et levissima culpa venit* [1].

2. Beide partijen stonden ten opzigte der zaak in eene obligatorische betrekking. De zoo even genoemde verpligting blijft ook alsdan in volle kracht bestaan [2], want de tusschen beide komende obligatio kan moeijelijk de algemeene verpligting beperken: maar bovendien heeft nu de schuldenaar zich ten aanzien van deze bepaalde zaak tot zekere praestaties verbonden, en menige schade, die op zich zelf niet ongeoorloofd zou zijn, wordt daardoor onregtmatig. Zoo zou in het algemeen genomen niemand mij kunnen dwingen, mijne deuren te sluiten, daar ik met mijn eigen huis doen kan wat ik wil; maar wanneer ik van een ander eene zaak te leen heb, en

---

[1] L. 44 pr. D. ad l. Aq. (9.2).

[2] L. 18 § 1 D. Comm. (13.6); l. 41—43 D. ad l. Aq. (9.2).

deze wordt mij ontstolen, door dat ik wederom mijne deur niet gesloten had, dan verandert de zaak, en zal ik tot vergoeding verpligt zijn, ofschoon het verzuim, dat tot de schade aanleiding gegeven heeft, in abstracto volstrekt geene regtsschennis vormde.

In het eerste geval wordt de schuld van den dader gewoonlijk als *culpa legis Aquiliae* [1], in het tweede als *culpa in obligationibus* aangeduid. Behalve deze eerste onderscheiding worden evenwel de gevallen der laatste soort op nieuw onderscheiden, al naar dat de beschadiger het schadelijke gevolg gewild heeft, en dus altijd ter vergoeding verbonden is (*dolus*), of het niet gewild heeft, en dus alleen dan moet vergoeden, als hij het had kunnen voorzien met zulk eene mate van oplettendheid, als het contract vorderde (*negligentia, culpa* s. str.).

Het zijn vooral de gevallen der laatste soort, wier beschouwing het onderwerp dezer proeve zal uitmaken: de Aquilische culpa en de dolus zullen alleen in zooverre voorkomen, als zij ter juiste bepaling van het begrip der culpa in engeren zin noodig zijn.

Vele en uiteenloopende zijn de stelsels, welke de nieuwere regtsgeleerden zich omtrent deze leer gevormd hebben, en welligt zijn er weinig onderwerpen in het regt, waar reeds omtrent de allereerste begrippen de een zoo geheel andere stellingen uitgesproken heeft als de ander. De reden hiervan ligt vooral daarin, dat de Romeinen de culpa nooit afzonderlijk beschouwd hebben; geen titel der Pandecten is aan eene bijzondere behandeling er van toegewijd; en de enkele fragmenten, die er bepaaldelijk over schijnen te handelen, zijn zoo duister, dat ze eer zelve opheldering noodig hebben, dan dat ze veel licht over andere plaatsen zouden versprei-

[1] Vgl. over deze vooral Schöman, Hdb. I. S. 184—232; Hasse, Culpa § 2—15, 35—37; Unterholzner, Schuldverh. I. S. 278, II, S. 690; Schaaf, Culpa S. 120 fgg.

den. De geheele leer moet dus uit hier en daar verspreide wenken bij elkander gezocht worden. Eene andere reden is, dat de vroegere geleerden deze leer te scholastisch behandeld hebben, te veel voor ieder woord eene definitie, voor iedere zaak vaste grenzen hebben trachten vast te stellen; iets, wat vooral in dit deel van het regt onmogelijk is, waar alles op de goede trouw en het arbitrium judicis aankomt. Wel is waar heeft men later deze fouten meer en meer vermeden, maar velen, en daaronder de klassieke auteur over dit onderwerp, HASSE, schijnen nog eenigzins aan dit gebrek te lijden.

Alvorens ik dus overga om te ontwikkelen, wat, naar mijne meening, het stelsel der Romeinsche regtsgeleerden op dit punt geweest is, meen ik dat een kort overzigt van de onderscheidene gevoelens hieromtrent niet ongepast kan wezen. Zij zijn te zeer van elkander uiteenloopend, dan dat eene afzonderlijke opgave niet noodig zou zijn om verwarring te vermijden, wanneer later eene bestrijding op enkele punten zal moeten voorkomen. Het is echter mijne bedoeling niet, een volledig verslag en waardering van alle te dezen opzigte geuite gevoelens te geven; dit zou geheel onnoodig zijn: ik wensch alleen de hoofdpunten der onderscheidene meest belangrijke theoriën te herinneren.

§ 2.

De oude theorie.

Gedurende langen tijd, en wel van de hernieuwde beoefening van het Romeinsche regt door de glossatoren tot op het begin dezer eeuw, kwam de bijna eenstemmige voorstelling der regtsgeleerden hierop neder.

Buiten de bedoelde schade (*dolus, culpa versutiae*), voor welker vergoeding men steeds instaat, wordt schade teweeggebragt door eene zekere mate van nalatigheid

(*negligentia, culpa ignorantiae, culpa* s. str.). Men had kunnen en moeten weten, dat uit eenige handeling of eenig verzuim de schade min of meer waarschijnlijk zou voortvloeijen. Was dit gevolg geheel toevallig, dan wordt het *casus*, en behoeft niet vergoed te worden: was het waarschijnlijk, dan moet men onderzoeken of die waarschijnlijkheid zoo groot was, dat de schuldenaar er op bedacht had moeten zijn. Hierbij zijn drie gevallen te onderscheiden. Was het gevolg zoo waarschijnlijk, dat hij, zonder eenige inspanning, door het enkele gebruik van het dagelijksch menschenverstand het had moeten voorzien, dan is dit *culpa lata* (non intelligere quod *omnes* intelligunt); was daarentegen een gunstig gevolg even waarschijnlijk als een noodlottig, moest hij om op dit laatste te denken, zulk eene opmerkzaamheid gebruiken, als alleen ijverige lieden (*diligentes* patresfamilias) in hun eigen zaken betoonen, dan heet het verzuim daarvan *culpa levis*. Was eindelijk het noodlottige gevolg onwaarschijnlijk, maar toch mogelijk, zoodat hij met eene allerscherpste naauwlettendheid er op had kunnen zinnen, dan heet dit bij de nieuweren *culpa levissima*, in de bronnen *culpa et diligentia, diligentia diligentissimi*, enz. [1]

Tegenover deze abstracte voorbeelden (de pf. negligens, diligens, diligentissimus) staan echter enkele contracten, waarin de maatstaf verandert: de schuldenaar

---

[1] Op grond van l. 32 D. Dep. (16.3), waar van eene *culpa latior* gesproken wordt, die met dolus gelijk wordt gesteld, telden Bartolus ad h. l. en eenige andere glossatoren zes graden: culpa latissima, latior, lata, levis, levior, levissima. Vgl. Corasius, Miscell. jur. civ. IV, 1. Daar echter culpa latior reeds dolus was, en culpa latissima dus nog meer dan dolus zou moeten wezen, werd deze verdeeling later verworpen. Vgl. Donellus, Comm. XVI. 7. n. 6.15; Hilliger, ann. ad Don. l. c. n. 6; v. Wening-Ingenheim, Schadensersatz S. 100, die echter ten onregte de glosse op andere wetten citeert (vgl. Schaaf, a. w. S. 15).

is daar reeds bevrijd, wanneer hij dezelfde oplettendheid betoond heeft, welke hij gewoon is in zijn eigen zaken aantewenden (*culpa in concreto*), hetzij die meer of minder is dan die van een ijverig huisvader, mits zij slechts niet valle onder het begrip der culpa lata.

In verband met de drie abstracte graden verdeelde men ook de contracten, ten minste die, welke eene zaak ten onderwerp hebben, in drie soorten, voor zoover of de beklaagde alleen voordeel uit de overeenkomst trok, of beide partijen, of alleen de ander. In het eerste geval is hij voor culpa levissima aansprakelijk, in het tweede voor culpa levis, in het derde alleen voor culpa lata. Is het onderwerp daarentegen een factum, dan onderscheidt men of hij zich tot de volvoering daarvan zelf heeft opgedrongen (culpa levissima), of dat die hem door den ander opgedragen is (culpa levis) [1].

De voornaamste aanmerkingen tegen deze theorie zijn: 1. dat de diligentia diligentissimi iets bovenmenschelijks is, wat het regt van iedereen niet mag of kan vorderen, buitengewone talenten, of zelfs bovenmatige inspanning kan men in den regel niet verwachten: 2. dat zij tegen onderscheidene uitspraken der bronnen in lijnregten tegenspraak is, voor zoo ver hier en daar van culpa levissima dezelfde omschrijving gegeven wordt als van culpa levis [2], en dikwijls de laatstgenoemde als het uiterste der vereischte oplettendheid voorkomt [3], of wel een-

[1] Ik heb mij hier alleen tot de algemeene beginselen bepaald, waaromtrent allen het eens waren: omtrent ondergeschikte punten (o. a. in hoeverre de culpa in concreto als culpa lata te beschouwen is) bestond toen evenzeer strijd als thans onder de voorstanders der twee graden. Voor de ontwikkeling der geheele theorie zou men alle oudere juristen (Cujac. ad l. 23 de R. I.; Decianus I. 6. n. 8; Hunnius, Encycl. jur. III. 1.6; Vinnius ad § 2 I. 3.15, enz.) kunnen citeren: ik ben vooral Glück Comm. IV § 320—324 gevolgd.

[2] L. 18 pr. D. Comm. (13.6) en l. 25 § 7 D. Loc. (19.2); l, 31 cl. l. 44 pr. D. ad l. Aq. (9.2): l. 36 D. de Act. E. (19.1).

[3] L. 38 pr. D. de damno inf. (39.2); § 5 I. de Loc. (3.24)

tracten, die een verschillenden graad van culpa zouden moeten opnemen, als geheel gelijk beschouwd worden [1].

§ 3.

Donellus.

Niettegenstaande deze aanmerkingen kan men echter deze leer gedurende vele eeuwen als de heerschende aanmerken [2]. Doch behalve de opgegevene ligt eene nieuwe zwarigheid tegen dit stelsel (even als tegen vele van den tegenwoordigen tijd) in de plaats, welke de zoogenaamde *culpa in concreto* inneemt. In l. 32 D. Dep. (16.3) en l. 22 § 3 D. ad Sct. Treb. (36.1) las men, dat het niet aanwenden der diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, culpa lata daarstelde, terwijl zulk een verzuim aan den anderen kant bij die contracten, welke alleen culpa in concreto opnemen, als eene gewijzigde culpa levis voorkomt. Dezelfde nalatigheid wordt dus bij den depositaris als culpa lata, bij den voogd als culpa levis beschouwd. In mijn tweede hoofdstuk zal ik nader op deze zwarigheid terugkomen: thans zij het genoeg te vermelden, dat even als nu, zoo ook onder de theorie der drie graden de meeste verschillende oplossingen aan de orde waren.

Al deze zwarigheden werden echter vermeden in het stelsel van een man, die, hoewel hij in zijne opvatting langen tijd alleen stond, en zijn stelsel in vele opzigten met de leer der Romeinsche regtsgeleerden niet

---

[1] L. 5 § 15 D. Comm. (13.6); l. 3 D. de Per. et C. (18.6); l. 13 § 1 D. de Pign. A. (13.7). De onderscheiden gronden tegen dit stelsel vindt men het laatst ontwikkeld bij v. Vangerow, Pand. I § 107.

[2] Ik heb gemeend, de eenigzins afwijkende stelsels van Gothofredus (ad l. 23 D. de R. I.) en Coccejus (Tract. de doli, culpae et negl. praest. 1672) te moeten achterwege laten, daar zij op de verdere ontwikkeling onzer leer geen invloed hebben uitgeoefend. Vgl. echter over hen Hasse, Culpa, Anhang II.

overeen te brengen is, echter door eene bewonderenswaardige helderheid en oorspronkelijkheid uitmunt, en op HASSE en de zijnen een zeer grooten invloed heeft uitgeoefend. Ik bedoel HUGO DONELLUS, die in zijne Commentarii [1], Lib. XVI, cap. 7 dit punt ontwikkeld heeft.

Volgens hem moet niet eene enkele, maar eene tweeledige verdeeling der culpa ten grondslag gelegd worden: nl. vooreerst in *culpa lata* en *culpa levis*, en ten andere in *culpa in faciendo* en *culpa in non faciendo*, al naar dat de schade uit eene positive daad of uit eenig nietdoen ontstaan is [2]. Deze beide verdeelingen verklaren door onderlinge combinatie de verschillende soorten van culpa, welke wij bij de Romeinen ontmoeten. Culpa lata is dan aanwezig, 1. zoodra men niet dien ijver betoond heeft, welken men gewoon is in eigen zaken te gebruiken, of 2. zoodra men zich ter zijner verontschuldiging zou moeten beroepen op een „non intelligere quod omnes intelligunt." Culpa levis is aanwezig, zoodra de schade door eigenlijke imprudentia ontstaan is, „cum a debitore id factum non est, quod diligens (diligentissimus) paterfamilias in rebus suis faceret."

Op de eerstgenoemde soort (culpa lata) is de verdeeling in positive en negative culpa van geenen invloed: op de tweede daarentegen wel, voor zoover de culpa in faciendo (*culpa* s. str.) erger is dan de culpa in non faciendo (*diligentia*), en er dus contracten zijn, die, terwijl zij voor positive handelingen reeds met culpa levis tevreden zijn, voor verzuimen alleen verantwoordelijk stellen, indien zij onder het begrip van culpa lata vallen. De

---

[1] Deze Commentarii juris civilis, in 28 boeken, zijn van 1589.

[2] Wanneer b. v. een voogd het huis van zijn pupil aan een insolventen huurder verhuurt, of een nadeeligen koop sluit, begaat hij eene culpa in faciendo: laat hij eene servitus verjaren of een slaaf door gebrek aan oppassing sterven, eene in non faciendo. Zie meer voorbeelden bij Don. l. c. n. 13.

bronnen drukken dit uit door *dolus, culpa et diligentia quam suis;* aangezien het woord *culpa* in zijne engere beteekenis de culpa levis in faciendo aanduidt, en *diligentia q. s.* een kenmerk is der culpa lata.

Die contracten daarentegen, welke zoowel in faciendo als in non faciendo culpa levis doen verantwoorden, drukken dit uit met de woorden: *dolus, culpa* (i. e. culpa levis in f.) *et diligentia* (i. e. culpa levis in non f.); of wel alleen door *dolus et culpa*, als wanneer het laatste woord in ruimere beteekenis zoowel de negative als positive culpa omvat.

Met het oog op deze verschillende praestatie deelt hij de contracten in drie categoriën: 1. die welke dolus en culpa lata, (quae pro dolo est), zoowel positief als negatief opnemen, (t. w. jure communi die, in welke sola utilitas creditoris versatur, jure proprio het precarium en de verpligting van den agrimensor), 2. die welke dolus, culpa lata in non faciendo, culpa levis in faciendo opnemen (societas, rerum communio, dos, tutela, cura op onderscheidene gronden), 3. die welke dolus en culpa levis van beide soorten opnemen (alle overigen).

De voornaamste fout in deze geheele voorstelling, doch waarmede het geheele stelsel staat of valt, is het gewigt, dat daarin aan de onderscheiding van positive en negative culpa gehecht wordt. Gelijk nader blijken zal, was deze geheele onderscheiding aan het Romeinsche regt vreemd: maar al bestond de onderscheiding, dan is nog het gevolg onjuist, dat de culpa in faciendo erger is dan die in non faciendo, daar veeleer ieders regtsgevoel onmiskenbaar zal leeren, dat het erger is niets te doen, dan door handelen zijn goeden wil te toonen, maar daarbij door nalatigheid te dwalen. Een andere fout ligt in de opvatting der diligentia q. s.; daar deze zelfs volgens zijn stelsel slechts een der beide kenteekenen der culpa lata is, en eene volle identiteit, zoodat het een voor het ander geplaatst kan worden, dus onmogelijk is.

§ 4.

VON LÖHR *en* SCHÖMAN.

Werpen wij dus de onjuiste onderscheiding in positive en negative culpa weg, dan is de groote verdienste van DONELLUS daarin gelegen, dat hij in tegenstelling der oude theorie, welker gebreken hij voortreffelijk bestrijdt [1], slechts twee graden van culpa aanneemt, *lata* en *levis*. Langen tijd bleef deze waarheid evenwel voor zijne tijdgenooten en opvolgers verborgen, en alleen RAEVARDUS [2] en CHESIUS [3] weken met hem af van hetgeen anders door allen zonder bedenken aangenomen werd. Doch toen tegen het einde der vorige eeuw de aandacht der geleerden meer en meer op dezen vroeger niet genoeg gewaardeerden schrijver gevestigd werd, vond ook het gevoelen, dat hij omtrent de culpa ontwikkeld had, meerdere voorstanders.

Het eerst trad de hoogleeraar THIBAUT [4], toen hij in den winter van 1798/99 zijne eerste voorlezingen over Pandectenregt hield, als verdediger van de in de vorige paragraaf ontwikkelde denkbeelden op, en slechts weinig jaren later kwamen twee werken in het licht, die beide bepaaldelijk met het oog op dat systeem geschreven waren. Het eene, zich naauw aan DONELLUS' voorbeeld aansluitende, was van v. LÖHR [5]. Ook hij bouwt zijn stelsel op de dubbele verdeeling in positive en negative culpa aan de eene zijde, en culpa lata en levis aan den anderen kant. Het eerste gevolg, dat hij hier-

---

[1] Zie zijne Comm. l. c. n. 15—18.

[2] Comm. ad tit. Pand. de R. I. 1568, dus vóór DONELLUS.

[3] Interpret. Jur. I. c. 45. Vgl. GLÜCK a. w. p. 334.

[4] Ook in de eerste uitgaven van zijn System des Pandektenrechts (de eerste is van 1803) sloot bij zich aan DONELLUS' denkbeelden aan; in de latere volgt hij HASSE's theorie; vgl. ben. § 6.

[5] Theorie der Culpa, von D. EGID VON LÖHR; Giessen 1806.

uit afleidt, is dit, dat terwijl *dolus* en *culpa lata* in vele opzigten met elkander gelijk staan, en beide de beteekenis hebben van „alle mit Bewusstseyn des nachtheiligen Erfolgs zugefügten Beschädigungen", in zuivere spreekwijze het woord *dolus* meer van positive handelingen, *culpa lata* meer van verzuimen gebruikt wordt. Behalve deze eerste afwijking is zijne uiteenzetting nog in dit opzigt eenvoudiger (zoo al niet juister) dan die van zijnen voorganger, dat hij voor die culpa lata slechts één kenteeken opgeeft, het „non adhibere eam diligentiam quam suis," en deze beide dus bij hem, wat zij bij Donellus niet kunnen, geheel zamenvallen. Een der bezwaren tegen dezen valt dus bij hem weg; maar van den anderen kant kan men ook hem de onware afscheiding tegenwerpen, die hij tusschen culpa in faciendo en culpa in non faciendo maakt, terwijl hij zich bovendien schuldig maakt aan eene onjuiste opvatting der culpa lata, door dat, wat op zijn hoogst éénsof tweemaal als kenmerk daarvan wordt aangevoerd, in de plaats te stellen van hetgeen de Romeinen zelve als hare definitie aanmerken [1].

Slechts weinige weken vóór hem had Schöman eene verhandeling over de leer der culpa in het licht gegeven [2], waarin hij die aan een nieuw en geheel zelfstandig onderzoek onderwierp. Zijne voornaamste verdienste is, aan de verdeeling der culpa in positive en negative den eersten stoot gegeven te hebben, door voor het eerst in onze leer op de lex Aquilia te wijzen. Het is waar, dat hij dit denkbeeld niet uitwerkte, en alle schade door „positive Thätigkeit", dus ook de boven (p. 8) door ons aangehaalde voorbeelden, tot het gebied dier wet schijnt te

---

[1] Zie l. 213. 223 pr. D. de V. S. (50 . 16).

[2] Handbuch des Civilrechts, von D. Fr. Schöman, Giess. u. Wetzl. 1806 (eene verzameling van opstellen over onderscheidene punten van burgerlijk regt); en wel Bd. I Abh. 5, S. 161—361.

trekken; maar in allen gevalle was hierdoor toch reeds een stap op den goeden weg gedaan. Voor alle overige schade (alle schädliche Unthätigkeit) was zijn stelsel zeer eigenaardig, maar ook zoo zonderling, dat het bezwaarlijk één voorstander zal vinden.

Zulk een verzuim kan namelijk volgens hem viervoudig zijn, en bestaat: 1. in het niet aanwenden van die kennis, welke op den trap van ontwikkeling, waarop zich het volk bevindt, allen burgers minstens eigen is (*Extrem der Nichtcultur, culpa lata*); 2. het niet aanwenden van die zorg, welke op dien trap van beschaving door een middelmatig ontwikkeld mensch in den regel betoond wordt (*mittlere Grad der Cultur, culpa levis*); 3. het niet aanwenden van de hoogste zorg, waartoe de mensch in staat is, in aanmerking van de hulpmiddelen, welke hem in zijnen tijd ten dienste staan. Deze hoogste zorg moet men *a.* in den regel aanwenden, ten einde volkomen ondergang der zaak te voorkomen (*custodia* [1]), *b.* in eenige gevallen reeds, om tegen enkele vermindering of bederf te waken (*diligentia*). Zorgvuldig vermijdt hij de culpa dezer beide laatste soorten als culpa levissima aan te duiden, eene benaming, die hij daarentegen alleen bewaart voor den derden graad van positive schadelijke handelingen, zoodat *culpa lata, levis, levissima* in faciendo beantwoordt aan *culpa lata, levis, diligentia* in non faciendo. Wat dit echter voor verschil maakt en in hoeverre hij zich daardoor niet aan dezelfde bezwaren blootstelt, die hij zelf tegen de (in zijnen tijd) heerschende theorie aanvoert, is moeijelijk in te zien: maar bovendien is zijne opvatting van custodia en diligentia geheel verkeerd, daar diligentia op zich zelf hetzelfde als culpa levis, en custodia een on-

[1] Zoowel Donellus als de voorstanders der oude theorie zien hierin te regt niets anders dan eene bepaalde soort van diligentia, eene der wijzen, waarop zich die openbaart.

derdeel daarvan is; zooals wij nader gelegenheid zullen hebben aan te toonen. Eindelijk is ook de plaats, die zijn zoogenaamde middelste graad inneemt, vrij zonderling; want terwijl die in de bronnen (b. v. l. 23 D. de R. I.) de belangrijkste is, wordt die door hem beperkt tot de weinige contracten, bij welke toevallig van geene custodia melding wordt gemaakt [1].

§ 5.

Hasse.

Op deze eerste pogingen om de oude theorie der drie graden te doen vallen, volgde in 1815 het klassieke werk over dit onderwerp van Hasse [2], dat voor goed aan die theorie den doodsteek gaf, maar evenzeer de ingewikkelde combinaties van Donellus en v. Löhr verwierp. Van hem dagteekent eigenlijk de scherpe onderscheiding in *Aquilische culpa* (d. i. alle positive handelingen, die reeds in abstracto eene regtsschennis opleveren) en *culpa in obligationibus* (onverschillig, of zich die in een doen

---

[1] Beide deze schrijvers, wier werken nagenoeg te gelijk uitkwamen, en die dus daarin van elkander geene melding konden maken, verdedigden later hunne meening tegen elkanders aanvallen; en wel Schömann in hetzelfde Handbuch, Bd. II (ook nog in 1806), Abh. 10, S. 229—290, en von Löhr in zijne Beiträge zu der Theorie der Culpa, Giess. u. Darmst. 1808, een werk van meer omvang dan zijn eerstgenoemd geschrift. De laatste heeft vele jaren daarna (1844), toen reeds Hasse's stelsel de gemeene leer geworden was, zijn gevoelen op nieuw zamengevat in een Uebersicht der Lehre von der Culpa, geplaatst in het Magasin für Rechtsw. van Grolman en v. Löhr, Bd. IV, Heft 4, S. 472—536.

[2] Die Culpa des Römischen Rechts, von D. Joh. Chr. Hasse, Kiel, 1815, 2te Ausg. von Bethman-Hollweg, 1838. Vgl. de recensie van le Brun, Essai sur la prestation de fautes (Par. 1764, herdr. 1813), door Hasse, in het Zeitschr. f. gesch. Rw., Bd. IV (1819) S. 189—256.

of nietdoen openbaart): terwijl wat de laatste betreft, om welke het ons alleen te doen is, zijn gevoelen hoofdzakelijk hierop nederkomt.

In wijderen zin beteekent het woord *culpa*, evenals ons *schuld* de toerekenbaarheid van eene onregtmatige daad, subjectief hetzelfde, wat *injuria* objectief uitdrukt, zoodat deze beide woorden dikwijls als synonymen gebruikt worden. In engeren zin worden hiervan die gevallen, waarin men geweten heeft, dat de schade het gevolg van ons doen of laten zou zijn (wissentliche Schaden) afgezonderd, en als *dolus* tegen de gevallen van enkele culpa overgezet: in dien zin is *culpa* dus alle schade, door onze schuld, maar zonder die wetenschap toegebragt. Daar echter ook *dolus* behalve die engere eene ruimere beteekenis heeft, waarin het elke slechte gezindheid (jedes Arge und Verwerfliche in der Gesinnung) aanduidt, zoo worden die gevallen, waarin zulk een booze zin bestaat, op nieuw uit het gebied der culpa uitgeligt, en als *culpa lata* met den dolus s. str. gelijkgesteld.

Zulk eene slechte gezindheid ligt dan vooreerst in het non intelligere, quod omnes intelligunt, maar ook in het non adhibere eam diligentiam, quam quis suis rebus adhibere solet, wanneer dit zoo duidelijk is, dat de wederpartij het bestaan eener zoodanige culpa aantoonen kan. Want hiermede tracht H. de meermalen vermelde moeijelijkheid op te lossen, dat zoodra de eischer kan aantoonen, dat de gedaagde voor zijne zaken minder zorg heeft gedragen, dan voor zijne eigene, zulks culpa lata daarstelt: bij de vijf contracten daarentegen, die diligentia q. s. opnemen, de eischer verpligt is, het bestaan eener culpa levis te bewijzen, en dan de gedaagde zich kan bevrijden, door aan te toonen, dat die hem ook in eigen zaken gewoon is. De bewijslast, die in het eene geval op den eischer, in het tweede op den gedaagde rust, maakt dus het geheele verschil uit.

Naast die contracten, welke zich met *dolus* (d. i. dolus s. str. en culpa lata) tevreden stellen, nemen de overige alle *culpa* op, welke gevormd wordt door het niet aanwenden van die zorg, welke een diligens (diligentissimus) paterfamilias in zijne zaken betoont. Verschil tusschen positive en negative culpa is daarbij niet, en over het algemeen worden *negligentia* (het niet aanwenden der diligentia diligentis) en *culpa* als volkomen synoniem beschouwd. Slechts bij enkele contracten is die verpligting in zooverre gewijzigd, dat de culpa levis gevormd wordt door het non adhibere diligentiam q. s., welke met de eerste zamenvalt, voor zoover de gedaagde te dezen aanzien een diligens paterfamilias was, doch beperkter is, wanneer hij dat niet was. In allen gevalle is de culpa, die door beide beschadigingen gevormd wordt, van dezelfde soort, *culpa levis;* alleen de wijze van praestatie verschilt.

Legt men hiernaar de verschillende uitdrukkingen, die in de Pandecten voorkomen, uit, dan beteekent *dolus et culpa* de volle verantwoordelijkheid voor culpa omnis, hetzij deze laatste naar den absoluten of den concreten maatstaf berekend wordt. In scherper bewoordingen spreekt men echter van *dolus, culpa et diligentia* aan de eene, *dolus, culpa et diligentia q. s.* aan de andere zijde, waarbij dan het woordje *et* de beteekenis heeft van: „dolus en culpa, en wel die laatste als abstracte diligentia of als diligentia q. s."

Bij de classificatie wordt wederom in de eerste plaats op het belang gelet, voor zoo ver hij, die belang had, culpa levis, die geen belang had, alleen culpa lata verantwoordt: doch op dezen regel komen talrijke uitzonderingen voor.

De voornaamste punten, waarin ik meen, dat dit stelsel nog herziening behoeft, zijn: 1. de opvatting der diligentia diligentis patrisfamilias, die bij hem nog te veel als een afgerond geheel verschijnt, met het noemen waar-

van alles beslist is, 2. de uitlegging der woorden *culpa et diligentia*, welke naar de voorstelling der bronnen onmogelijk geheel hetzelfde als alleen *culpa* kunnen beteekenen, 3. de opvatting der diligentia q. s. en het hechten aan den bewijslast; op al welke zwarigheden wij echter nader zullen terugkeeren.

§ 6.

De volgers van HASSE.

Na het werk van HASSE is zijne theorie door allen, die over dit onderwerp geschreven hebben, in de hoofdzaken gevolgd; en eene afzonderlijke opgave der onderscheidene schrijvers kwam mij dus overbodig voor. Ik meende mij te kunnen vergenoegen met de voornaamste punten op te tellen, waarover onder hen verschil bestaat, of waarin men sedert HASSE vooruitgegaan is.

1. Terwijl sommigen [1] onder *dolus* s. str. alleen die gevallen verstaan, waarin de wil van den gedaagde op de regtsschennis gerigt was, en zelfs gevallen van bedoelde schade onder de culpa lata tellen, wanneer de wil niet op de regtsschennis als zoodanig gevestigd was; zien anderen [2] het karakter van den dolus meer in de wetenschap, dat eenige daad de belangen van een ander kwetsen zal, en in het desniettemin plegen van die daad. Te regt evenwel zien wederom anderen het kenmerk van den dolus alleen in den wil; zoodat hij

---

[1] THIBAUT, System I § 161. Die freye Uebertretung eines Gesetzes, begleitet mit dem Bewusstseyn des Verbots, und mit unmoralischen Absichten verbunden, heisst *Arglist* (*Dolus*). PUCHTA, Pand. § 265. Vorles. ad h. l. Nicht blosz der Erfolg, sondern das Rechtswidrige daran musz beabsichtigt seyn.

[2] UNTERHOLZNER, Lehre des R. R. von den Schuldverh. Bd. I. 134; MÜHLENBRUCH, Lehrb. der Pand. § 351; MOMMSEN, Beiträge zum Obligationenr. Bd. III, S. 348.

dolo gehandeld heeft, die het gevolg, waarover hij ter verantwoording geroepen wordt, bij zijn handelen in zijnen wil mede had begrepen [1].

2. Meer en meer begint men het „culpa lata est non intelligere quod omnes intelligunt" niet als eene eigenlijke definitie aan te merken. Terwijl PUCHTA [2] nog *culpa lata* verklaart als het niet aanwenden der voorzigtigheid „eines gewöhnlichen Menschen ohne besondere Geisteseigenschaften", trachten anderen haar begrip vooral door het meer doleuse karakter, dat zij heeft, vast te stellen. Zoo ziet UNTERHOLZNER [3] daarin „die Fahrlässigkeit, wobei man zwar die möglicherweise zu befürchtenden, widerrechtlichen Folgen seiner Handlungsweise einsieht, dennoch aber sich nicht von seinem Thun oder Lassen abbringen lässt," en brengt MOMMSEN [4] de culpa lata met de leer van den error in verband, zoodat culpa lata aanwezig is, zoo dikwijls men, om zich tegen de beschuldiging van dolus vrij te waren, zich op eenen error improbabilis zou moeten beroepen.

3. Tot het begrip van *culpa levis* vorderen allen, dat men niet dien ijver hebbe aangewend, welken een diligens paterfamilias in zijne zaken pleegt te betoonen. Vooral MOMMSEN [5] heeft er echter op gewezen, dat men zich deze geheele vraag niet als eene door vaste regtsregels geregeerde leer kan voorstellen, maar dat de meest verschillende omstandigheden op de mate van verlangde zorg-

---

[1] Vgl. BÖCKING, Instit. § 105, i; BRINZ, Lehrb. d. Pand. S. 503.

[2] Zie zijne Pand. § 266. Vgl. ook THIBAUT, a. w. § 164; BÖCKING, a. w. § 105, s.

[3] a. w. n. 134.

[4] a. w. S. 349 fgg. Hij wordt echter in eene recensie van WINDSCHEID (Krit. Zeitschr. van DERNBURG e. a. Bd. III, S. 278) bestreden, daar niet alle culpa uit een error voortvloeit, en in allen gevalle het onderzoek naar grove onwetendheid even moeijelijk zal zijn als dat naar grove schuld.

[5] a. w. S. 360—373.

vuldigheid van invloed kunnen zijn, en den regter nu eens tot meerdere dan tot mindere gestrengheid nopen.

4. Wat de *culpa in concreto* betreft, zoo is men het omtrent hare verhouding tot de culpa levis, en omtrent de verpligting van hem, die diligentia q. s. te praesteren heeft, algemeen vrij wel met HASSE eens: doch bij de vraag, in hoeverre zij tot de culpa lata gerekend moet worden, zijn de gevoelens zeer uiteenloopende. Eenigen [1] blijven HASSE's stelling handhaven, dat de culpa in concreto reeds op zich zelve een der kenmerken van culpa lata is; doch anderen [2] beperken die gelijkstelling tot het geval van opzettelijke achteruitzetting van eens anders zaken, waardoor een vermoeden van dolus ontstaat, evenals dat bij andere voorbeelden van culpa lata het geval is.

5. Terwijl eindelijk velen [3] nog melding maken van de verdeeling in positive en negative culpa, zijn echter allen het daaromtrent eens, dat de eerste niet gewigtiger is dan de tweede, en hechten er ook geene gevolgen aan.

Behoudens deze opmerkingen volgen alle nieuweren [4]

---

[1] MÜHLENBR. a. w. § 352; BÖCKING, Institut. § 105, s; WINDSCHEID t. a. p. S. 281. Nog verder gaat BRINZ, a. w. S. 593, die de volkomen gelijkstelling van culpa lata en culpa in concreto, zoo als DONELLUS en VON LÖHR die begrepen, hernieuwt.

[2] o. a. PUCHTA, Pand. § 266, k; MOMMSEN, a. w. S. 377—390.

[3] o. a. THIBAUT, a. w. § 162, 165; MACKELDEY, Syst. § 342; UNTERH. a. w. n. 136; BRINZ, a. w. S. 590. Verworpen wordt deze onderscheiding o. a. door MÜHLENBR. a. w. § 352, 17.

[4] Behalve de in deze paragraaf opgenoemde schrijvers, die de leer der culpa in hunne uitvoeriger geschriften invlechten, heb ik nog eene monografie vermeld gevonden van P. L. KRITZ, Ueber die Culpa nach R. R. 1823. Ik heb mij deze niet kunnen verschaffen; doch daar ik bij geen der latere schrijvers eene enkele afwijkende meening op zijnen naam heb gevonden, zoo vermoed ik, dat hij òf de stellingen van HASSE alleen nader toelicht, of zijne afwijkingen van geen bijzonder belang zijn.

de theorie, welke ik in de vorige paragraaf ontwikkeld heb: en bepaaldelijk omtrent de scheiding van dolus en culpa (stellen ook niet allen den grens op dezelfde plaats), de splitsing van deze in culpa lata en levis (met verwerping der culpa levissima), en de verdeeling van deze laatste wederom in diligentia diligentis pf. en diligentia q. s. zijn allen eenstemmig.

§ 7.

Schaaf.

Daarentegen is eenige maanden geleden een schrijver [1] opgestaan, die deze grondslagen van de thans heerschende theorie geheel omverwerpt, en omgekeerd de leer der culpa op geheel nieuwe fundamenten tracht op te bouwen. Met een kort overzigt van zijne stellingen zal dus deze historische inleiding best gesloten worden.

Op grond van eene plaats van Paulus [2], waarin magna culpa gezegd wordt dolus te zijn, en van de wijze waarop meestal dolus en culpa naast elkander voorkomen, ontkent Schaaf, dat er eenig qualitatief verschil tusschen beide zou zijn: veeleer wordt volgens hem dolus steeds als een meer, culpa als een minder van hetzelfde genus gebruikt. Aan den anderen kant bespot hij de afmeting der schuld bij graden: wil men graden hebben, dan is de schuld (het subjective onregt) zoo duizendvoudig verscheiden, dat de oude theorie met hare

---

[1] Abhandlungen aus dem Pandektenrecht, von Dr. F. W. Schaaf, Bd. I. Heft 1. Zur Lehre von der Culpa, Heidelb. 1857.

[2] L. 226 D. de V. S. (50.16). Schaaf ziet over het hoofd, dat de gewone spreekwijze is: prope dolum est, dolo aequiparatur, dolum repraesentat, prope fraudem accedit, vgl. o. a. l. 1 § 2 D. Si is qui (47.4), l. 8 § 3 D. de Prec. (43.26), l. 7 § 1 D. de Susp. Tut. (26.10).

drie (of zes) graden ten minste één stap nader bij de waarheid was dan de nieuwe: ziet men daarentegen in de culpa niets anders dan het niet nakomen der verpligting, dan is de verdienste van HASSE alleen die, dat hij reeds één grenssteen heeft weggeworpen, waar hij beide had moeten laten vallen. Maar daarenboven is de zorg van den diligens paterfamilias een droombeeld, dat hoegenaamd geene practische resultaten geeft, en niets antwoordt op de vraag, hoe zorgvuldig zulk een paterfamilias dan wel is. Eindelijk is dit geheele letten op zorgvuldigheid en ijver, die geheel inwendige toestanden zijn, in het burgerlijk regt niet op zijne plaats, en is het absurd, dat, terwijl het strafregt, dat meer tot de moraliteit in betrekking staat, daarop geen acht slaat, het burgerlijk regt, welks sfeer vooral het vermogen is, op die innerlijke beweeggronden zou letten. In de plaats dus van die innerlijke moet een uitwendige, reële maatstaf gezocht worden, waarnaar ieders verpligting af te meten is. Dit doet hij op de volgende wijze.

In tegenstelling van de stricti juris obligationes leggen de bonae fidei obligationes den schuldenaar, behalve datgene, waartoe de woorden verbinden, nog een tal van andere verpligtingen op, onder den gemeenschappelijken naam van *diligentia* zamengevat, en naar omstandigheden meer of minder. Het niet nakomen daarvan verpligt tot vergoeding, voor zoover de nietnakoming toerekenbaar is (*culpa* s. l.); de vraag moet dus in de eerste plaats zijn: wanneer is die nietnakoming toerekenbaar? Het antwoord is: als men ze gewild heeft, voor zoover niemand voor niet gewilde gevolgen zijner daden aansprakelijk kan gemaakt worden. Deze wil (in ruimeren zin *dolus* geheeten) is meer of minder direct. Is hij direct, dan heet hij *dolus* s. str.; is hij meer of minder indirect, dan heet hij *culpa* s. str. In zekeren zin bevat dolus dus ook de eigenlijke culpa in zich, evenzeer als omgekeerd culpa (toerekenbaarheid) den dolus s. str. mede

omvat [1]; en dit is het, als ULPIANUS [2] van *dolus omnis* spreekt.

Waarin nu het complex van verpligtingen, dat in elk geval de gevorderde diligentia daarstelt, bestaat, kan niet a priori beslist worden, maar hangt van de omstandigheden van elk afzonderlijk geval af. Is het uitgebreid, dan zegt men, dat het contract *culpa levis* opneemt: is het meer beperkt, dan heet het, dat het contract alleen tot *culpa lata* verpligt [3]. Moet de eischer bij het aangaan der overeenkomst geacht worden, meer op de persoon van den gedaagde, dan op het eigenlijk reële in diens verpligting gelet te hebben, dan wordt bij het vaststellen der diligentia ook meer op de persoonlijke hoedanigheden van den verbondene gelet, zoodat hij vrij is, als hij naar zijn beste vermogen gedaan heeft wat hij kon. *Diligentia quam suis* beteekent dus niet „Gewohnheit, sondern Pflichterfüllung nach Kräften [4]."

Tegen deze theorie kan ingebragt worden:

1. SCHAAF maakt geen genoegzaam onderscheid tusschen de beteekenis der woorden *dolus* en *culpa* in het strafregt, waar het de daad zelf is, over welke men ter verantwoording wordt geroepen, en in het burgerlijk regt,

[1] Es giebt bei der Handlung nicht nur Dolus *und* Culpa, sondern *jedes von diesen hat das andere an sich*. . . . . .

Dadurch, dass wir Dolus und Culpa nicht nur *beide*, sondern *beide als eins* fassen, gelangen wir dazu, die Handlung als ein Lebendiges, Ganzes, oder, was das Nämliche ist, das Individuum als handelnd zu nehmen, a. w. S. 44.

[2] L. 11 D. Dep. (16.3) .... si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec *culpae* quidem *suspicio* sit.

[3] Hiertegen strijdt niet l. 223 D. de V. S. (50.16): Latae culpae finis est non intelligere quod omnes intelligunt. Nam men deze woorden streng naar de letter, dan moest men liever hem beklagen, die zooveel dommer uitgevallen was dan alle andere menschen, in plaats van hem daarvoor schade te doen lijden. Het is daarom: non intelligere *velle*, quod omnes intelligunt, en daarnaar handelen. Vgl. a. w. S. 37 fgg.

[4] A. w. S. 202.

waar het het gevolg van die daad, de schade, is, waarop gelet wordt. Terwijl men in het eerste werkelijk voor niet anders dan de gewilde gevolgen zijner daden wordt aansprakelijk gesteld, en dolus dus met toerekenbaarheid kan zamenvallen, is dit in het andere het geval niet, en moet men hier dikwijls eene schade vergoeden, die men ook nog zoo indirect niet kan gezegd worden gewild te hebben.

2. De algemeene spreekwijze der Pandecten onderscheidt te zeer dolus en culpa, en telt te angstvallig beide overal naast elkander op, om beide voor woorden van gelijke beteekenis (slechts de een een meer, de ander een minder uitdrukkend) te houden.

3. De diligens paterfamilias, dien SCHAAF geheel wil wegredeneren, is onmiskenbaar niet eene uitvinding van lateren tijd, maar wel degelijk de maatstaf, dien de Romeinsche juristen gebruiken.

4. Wel verre, dat door zijne voorstelling de verpligting meer gepreciseerd zou worden, wordt ze daardoor nog onzekerder, daar de diligens paterfamilias nog eenigen maatstaf (al is het dan geen zekeren) aan de hand geeft, maar het voor ieder geval veranderende „Complex von Leistungen" ons geheel in het duister laat, en den regter eene geheel willekeurige magt geeft.

5. Zijne verklaring is in strijd met de beteekenis der woorden: want niet alleen kan het woord *diligentia* moeijelijk eene andere dan de subjective beteekenis van ijver, zorgvuldigheid hebben, maar de wijze waarop *diligentia, quam suis rebus adhibere solet*, overgebragt wordt door „Pflichterfüllung, *nicht nach Gewohnheit*, sondern nach Kräften", mag ons met HASSE [1] doen uitroepen: „Et ils appellent tout cela interpréter les lois!"

Wij zullen echter in den loop onzer uiteenzetting gelegenheid hebben op deze punten nog nader terug te komen.

[1] In zijne aangehaalde recensie van het Essai van LE BRUN, Zeitschr. f. g. Rw. Bd. IV S. 231.

TWEEDE HOOFDSTUK.

DE LEER DER CULPA IN HET ROMEINSCHE REGT.

---

§ 8.

Begrip van culpa in het algemeen.

Om juist het begrip te bepalen, hetwelk een woord in de wetenschap uitdrukt, is de veiligste weg, zich de beteekenis te herinneren, welke in het dagelijksch leven gewoonlijk daarmede verbonden wordt; en vooral het regt is te zeer in het leven der volkeren ingeweven, dan dat de kunsttermen, die men daarin ontmoet, iets anders zouden zijn dan woorden, wier gewone beteekenis slechts op bepaalde het regt eigen onderwerpen toegepast is. Gaat men dus na, in welken zin wij in het dagelijksch leven de uitdrukking: *schuld aan iets hebben* gebruiken, dan verschilt de beteekenis daarvan weinig van die, waarin de regtsgeleerden van toerekenbaarheid spreken, hoewel altijd met eenige afkeuring gemengd. Zoo zegt men, als men eenen vriend willende opzoeken, door een ander opgehouden is: „het was niet mijne, maar zijne *schuld*;" d. i. het oponthoud, waarover gij u beklaagt, was niet mij

maar hem toerekenbaar, hij was er de oorzaak van. Zoo zegt men van eenen fluitspeler, die door zijn slecht spelen de geheele harmonie verstoorde: „Het was zijne *schuld*, dat de uitvoering mislukte," de mislukking moet hem toegerekend worden. Deze zelfde kracht ligt ook in woord *culpa* in zijne oorspronkelijke beteekenis: en vooral bij niet juridische schrijvers wordt het gewoonlijk in dezen zin gebruikt; b. v. als SALLUSTIUS (*Jug*, 24.2) ADHERBAL laat zeggen: „Non mea *culpa* saepe ad vos oratum mitto, patres conscripti, sed vis JUGURTHAE subigit;" dan wil dit zeggen: het is niet mijne, maar JUGURTHA's schuld, hem, niet mij moet het toegerekend worden. Even zoo vindt men op talrijke plaatsen de uitdrukkingen *culpa est in me*, *sum in culpa* en dgl. Nevens deze eerste beteekenis gebruiken evenwel de klassieke schrijvers het woord ook overdragtig van de daad, waaraan men schuld heeft, en spreken alzoo van *culpam committere*: en het is in deze beteekenis (door HASSE min naauwkeurig de grondbeteekenis genoemd), dat HORATIUS, *Sat.* II. 2, v. 123 zegt: „Post hoc ludus erat, *culpa* potare magistra," waar culpa eene „overtreding der tafelwetten" beteekent. Niet alleen dus eigenlijk juridisch onregt, maar elke overtreding van eenigen regel, al is het eene tafelwet, vormt culpa. Van deze eerste niet juridische beteekenis van ons woord kan men ook in het regt sporen vinden, b. v.

L. 11 § 1 C. de Repud. (5.17)

Si quis autem, quam sine dote uxorem acceperat, a conjugio suo repellere voluerit, non aliter ei hoc facere liceat, nisi talis culpa intercesserit, quae nostris legibus improbatur.

Hieruit blijkt, dat JUSTINIANUS ook wat legibus non improbatur, eene culpa noemt, en dit woord hier alles omvat, wat met de goede verstandhouding tusschen man en vrouw strijdig is [1].

[1] HASSE, § 1.

De grondbeteekenis van *culpa* in de gewone taal is dus: de toerekenbaarheid van alles, wat met eenig voorschrift, eenigen regel in strijd is. Passen wij thans deze beteekenis op het regt toe, dan spreekt het van zelf, dat dit geen anderen regel erkennen kan, dan die uit hetzelve is uitgegaan, en dus alleen datgene in juridischen zin onregt is, wat tegen eenen regtsregel strijdt. Men is dus in engeren (maar in den wijdsten juridischen) zin in culpa, zoo dikwijls eene handeling in strijd is met eenigen regtsregel. Van daar dat *culpa* in deze beteekenis overeenkomt met *injuria*, onregt, hoewel altijd *culpa* meer de subjective, *injuria* de objective zijde van hetzelfde begrip uitdrukt, en men dus in zuivere taal de uitdrukkingen: *injuriam committere*, *in culpa esse*, naast elkander gebruiken zal. Even als echter boven gebleken is, dat bij niet juridische schrijvers *culpa* ook de meer objective beteekenis aanneemt, evenzeer gebruiken ook de Romeinsche regtsgeleerden *culpa* voor het onregt zelve, en dus van gelijke beteekenis met *injuria* [1].

Enkele plaatsen zullen tot staving van dit overigens niet twijfelachtig gevoelen voldoende zijn.

L. 5 § 2 D. ad l. Aq. (9,2)

Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa est, quum suae mentis non sit? Et hoc verissimum: cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupedes damnum dederit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti teneatur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si jam injuriae capax.

L. 23 D. de Furtis (47.2)

Impuberem furtum facere posse, si jam doli capax sit, Julianus l. XXII Dig. scribit. Item posse cum impubere damni injuria agi, quia et furtum ab impubere

[1] Hasse, § 10.11; Unterrh. a. w. I. § 133.

fit, sed modum esse adhibendum ait, nam in infantes id non cadere nos putamus; cum impubere culpae capace Aquilia agi posse.

In beide deze wetten staát *culpa* geheel voor toerekenbaarheid, en worden zij, bij wie toerekenbaarheid denkbaar is, als *injuriae, doli, culpae capaces* voorgesteld, zonder dat tusschen deze uitdrukkingen eenig verschil bestaat.

L. 52 § 1 D. ad l. A. (9.2)

Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat, quidam praeteriens eam sustulerat, tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolon inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret. Ex eo majore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat. Consulebat, num damnum injuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset? Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damni injuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere. Sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.

De vraag is hier, wiens schuld de geheele vechtpartij en mitsdien het daarbij voorgevallen ongeluk is; het antwoord is: van hem, die begonnen is, en dus zijne tegenpartij heeft geprovoceerd; van eene zekere mate zorgvuldigheid om het ongeval te voorkomen is geen sprake.

L. 37 D. de V. O. (45.1)

Si certos nummos stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint, nihil... debetur.

L. 137 § 2.3 ibid.

Cum ita stipulatus sum: „Ephesi dari?" inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur? Et magis est ut totam eam rem ad judicem i. e. ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit quod facturum se promiserit, ...

habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis... Item qui insulam fieri spoponderit, non utique conquisitis undique fabris et pluribus operis adhibitis, festinare debet: nec rursus uno aut altero contentus esse; sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque.

In tegenstelling van de bonae fidei obligationes is de verpligting van den debiteur in de stricti juris obl. reeds in de woorden aangegeven, en kan er dus alleen vraag zijn, of het des debiteurs schuld is, dat hij die vast begrensde verpligting niet nagekomen is (l. 37 cit.): deze vraag wordt in l. 137 cit. beantwoord door op de omstandigheden te wijzen, die hem kunnen verhinderd hebben, en zijne toerekenbaarheid hebben uitgesloten.

L. 5 § 1 D. ad l. A. (9.2)

Injuriam autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, h. e. contra jus, i. e. si culpa quis occiderit.... Igitur injuriam accipiemus hic damnum culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit.

Beide uitdrukkingen, *culpa* en *injuria*, worden hier als van gelijke beteekenis naast elkander gezet, zoodat de een de ander opheldert, terwijl tot meerder duidelijkheid nog wordt bijgevoegd, dat *culpa* in dezen zin niet de engere beteekenis heeft, waarin het tegen *dolus* wordt overgesteld, maar ook dezen in zich bevat.

L. 1 pr. D. de Injur. (47.10)

Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat: omne enim quod non jure fit, injuria fieri dicitur. Specialiter autem injuria dicitur contumelia. Interdum injuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus.

Ook hier wordt het gewone damnum *injuria* datum opgehelderd door damnum *culpa* datum: tusschen beiden dus geen verschil gemaakt.

§ 9.

Begrip van dolus en culpa in engeren zin.

Terwijl dus het woord *toerekenbaarheid* [1] op zich zelf te algemeen is, daar men het evenzeer van lofwaardige daden gebruiken kan, en *injuria* meer het objective, zich naar buiten vertoonende onregt (de regtsschennis), dan de subjective toestand van den dader uitdrukt, bevat het woord *culpa* beide karaktertrekken in zich, en beteekent derhalve: de toerekenbaarheid eener onregtmatige daad, toerekenbare injuria, of juister de toestand van hem, die zulk eene pleegt. Men is dus in dezen zin in culpa, zoodra het een of andere onregtmatige voorval ons kan worden in rekening gebragt, d. i. zoodra men als de vrije bewerker, de oorzaak er van beschouwd moet worden. Waarin dat voorval bestaat, maakt natuurlijk geen verschil. In het strafregt toch is het de daad zelve, welke de regtsschennis daarstelt, en komt het dus in de eerste plaats op de toerekenbaarheid dier daad aan; in het burgerlijk regt is het alleen één bepaald gevolg dier daad, de schade, welke een derde daardoor lijdt, hetwelk op den voorgrond treedt: maar, ofschoon dit ten gevolge kan hebben, dat dikwijls één en dezelfde daad in het strafregt culpa teweeg brengt, en in het burgerlijk regt niet, of ook omgekeerd, het wezen der *schuld* blijft geheel hetzelfde, en de vraag is alleen, of de regtsschennis (hetzij die in de daad of in de beschadiging gelegen is) den dader kan toegeschreven worden.

De redenen, waarop men tot zulk eene toerekening besluit, zijn te veel om alle op te geven, en de meest verschillende uitdrukkingen worden dan ook in de bronnen gebruikt, om dien grond der toerekenbaarheid uit

---

[1] *Imputatio:* l. 11 pr. D. ad l. A. (9.2); l. 9 D. de Dist. Pign. (20.5).

te drukken. *Propositum, consultum, petulantia, temeritas, luxuria, impetus, desidia, facilitas, impatientia, securitas, imprudentia* [1]: zij allen dienen om dien gemoedstoestand van den dader te kennen te geven, waardoor men hem teregt ter verantwoording zijner handelingen roepen kan.

Onder al die verschillende gronden, waaruit het bestaan der schuld kan afgeleid worden, treedt echter één meer dan alle andere op den voorgrond, omdat de toerekenbaarheid, waarbij anders nog verschillende bedenkingen in aanmerking kunnen komen, daaruit het meest direct en noodwendig voortvloeit. Het is de *wil* (*dolus*). Zoodra eens vaststaat, dat de dader bij zijn handelen het gevolg, waarover men hem nu aanspreekt, gewild heeft, zijn verdere onderzoekingen onnoodig, en spreekt het van zelf, dat hij de vrije en aansprakelijke bewerker ook van dat gevolg is. Alleen als die wil ontbreekt, moet men zich in nieuwe onderzoekingen verdiepen, in hoeverre hij dat gevolg had kunnen en moeten voorzien: en teregt heeft men dus op deze omstandigheid eene hoofdverdeeling der toerekenbaarheid gebouwd, al naardat zij een gevolg is of van *dolus* (wil, arglist), of van andere omstandigheden, onder den gemeenschappelijken naam van *negligentia*, of *culpa* in engeren zin, zamengevat.

Het is dus onjuist, hun, die eene scherpe afscheiding tusschen *dolus* en *culpa* in engeren zin maken, met Schaaf [2] te verwijten, dat zij twee geheel onderscheiden zaken naast elkander plaatsen, en, terwijl zij eerst als grond voor toerekenbaarheid een positief vereischte (dolus) stel-

[1] Vgl. l. 11 § 2 D. de Poen. (48.19); l. 14 § 9 D. de A. Ed. (21.1); l. 16 § 6 D. de Poen. (48.19); l. 1 pr. D. ad Sc. Turp. (48.16); l. 11 D. de Inc. (47.9); l. 11 § 1 D. de Poen. (48.19); l. 12 D. de C. et E. R. (48.3); l. 15 § 6 D. ad l. Jul. de Ad. (48.5); l. 38 § 6 D. de Poen. (48.19); l. 6 D. de j. et f. ign. (22.6); l. 2 § 3 D. de N. G. (3.5).

[2] a. w. S. 25.

len, nu op eens omkeeren, en bij de culpa van niets dan negative kenmerken (negligentia) spreken; de zaak is veeleer deze.

De *culpa*, *schuld*, is in alle gevallen dezelfde: doch ter vereenvoudiging, omdat dolus altijd, negligentia alleen in bepaalde gevallen, die van elders moeten blijken, aansprakelijk maakt, (want meer gewigt moet men aan deze geheele indeeling in dolus en culpa niet hechten) voegt men alle gevallen, waarin nevens dit eerste nog een tweede vereischte, de wil, bijkomt, bijeen, en stelt ze tegen die gevallen, waarin alleen het eerste, niet ook het tweede vereischte voorkomt, als gevallen van enkele culpa, over. Dat men nu verder in die gevallen, waarin en dolus en culpa bestaat, alleen spreekt van dolus (omdat die als het meerdere het mindere bevat), en omgekeerd in die gevallen, waarin alleen culpa is, het woordje *alleen* laat wegvallen, en hier van culpa in engeren zin spreekt, dit verandert de zaak zelve niet: daar *culpa* zoowel in wijderen als engeren zin niets anders beteekent dan toerekenbare injuria, en het karakter van niet doleuse injuria, hetwelk het woord in engeren zin krijgt, wel noodzakelijk uit de tegenstelling van doleuse injuria voortvloeit, maar het wezen of den grond der toerekening hoegenaamd niet aandoet.

Dolus is dus: de wil, om het geïmputeerde te weeg te brengen. Vergelijkt men hiermede datgene, wat zoo even gezegd is van het onderscheid tusschen deze imputatie in het strafregt en in het burgerlijk regt, dan zal ook dadelijk de verschillende beteekenis van *dolus* in beide duidelijk worden. In het strafregt beschouwt men alleen de daad zelf, het is deze, die reeds in abstracto de regtsschennis daarstelt: daar men dus alleen over die daad ter verantwoording wordt geroepen, is *dolus* niets anders dan de *wil om die daad te plegen:* nadere bedoelingen mogen op de strafbaarheid invloed hebben, dolus is aanwezig, zoodra de misdadiger de daad gewild heeft. In

het burgerlijk regt echter heeft dezelfde beteekenis van dolus geheel andere gevolgen. Het is hier niet de daad, waarover men ter verantwoordiug wordt geroepen, maar de schade, die een derde door die daad geleden heeft: menige onregtmatige daad op zich zelf brengt geene zulke schade te weeg, en heeft dus civiliter geene gevolgen: menige op zich zelf geoorloofde daad doet het wel, en verpligt dus tot schadevergoeding. *Dolus* is hier dus de *wil om* door die daad *schade toe te brengen*. Van daar dat, ofschoon het in den regel hoogst onbillijk is, iemand voor daden, welke hij niet gewild heeft, aansprakelijk te stellen, en het gebied van den dolus in het strafregt dus bijna geheel met dat der toerekenbaarheid zamenvalt, in het burgerlijk regt zulk een menigte gevallen van niet gewilde schade tot vergoeding verpligten, mits men de daden, waarvan zij het gevolg zijn, gewild hebbe, en zij zelve op andere gronden (t. w. negligentia) toerekenbaar zijn.

Voor het strafregt is deze beteekenis van *dolus=wil* vrij algemeen aangenomen [1]: voor het burgerlijk regt is dit niet het geval, en is men zelfs zoo gewoon, daaraan eene andere beteekenis te geven, dat de Fransche criminalisten in plaats van *dol* thans liever van *intention* spreken, om verwarring te voorkomen met dolus in het civielregt, „où il figure en un autre sens" [2]. Zeer teregt bestrijdt Schaaf [3] hen, die in den dolus of Wissentlichkeit of Vorsatz zien [4]. Wat het eerste betreft, zoo

---

[1] Vgl. voor het oorspronkelijk gelijke begrip van dolus en culpa in het strafregt, Kleinschrod, Syst. Entw. I § 14 vgg.; Köstlin, System I § 64—78; Rossi, Traité II c. 24; Ortolan, Elém. de d. p. n. 377—409.

[2] Ortolan, Elém. de dr. p. n. 378.

[3] a. w. S. 23 fgg.

[4] Vgl. boven § 5 en 6. V. Löhrs opvatting, die den dolus s. str. tot positive handelingen beperkt, (vgl. boven § 4) vervalt met zijne onderscheiding in culpa in fac. of in non fac., die wij later bespreken zullen. Zijn andere kenmerk van dolus s. str., de *animus lucri faciendi*,

zou er streng genomen nooit dolus kunnen zijn, daar zoovele omstandigheden op het ontstaan van gevolg uit oorzaak invloed kunnen uitoefenen, dat men eigenlijk nimmer kan gezegd worden, het gevolg *geweten* te hebben: maar al neemt men Wissentlichkeit (zooals de voorstanders zeker zullen doen) zoo streng niet, dan heeft deze verklaring nog dit gebrek, dat er vele gevallen zijn, waarin de beklaagde noodwendig heeft geweten, dat schade het gevolg zijner daad zou zijn, welke toch als *culpa lata* aangehaald worden. Wat het tweede betreft, zoo is Vorsatz een zoo algemeene uitdrukking, dat het eigenlijk niets beteekent dan wil: Bestimmte Vorsatz is eene tautologie, daar wil wel altijd bestemd zal moeten zijn: doch niemand handelt zonder door eenige bedoeling gedreven te worden, en vooral in dit onderwerp is deze beteekenis dus veel te onzeker. Omgekeerd is de verklaring van PUCHTA: de bedoeling van het „eigentlich Rechtswidrige an den Erfolg" te eng: hoe zelden toch is een geval van iemand, die kwaad doet alleen om kwaad te doen, en tot hoe weinig beperken zich dan de gevallen van dolus; daargelaten nog de moeijelijkheid, om die bedoeling te onderzoeken, en de onregtvaardigheid, dat het burgerlijk regt zich met zulke innerlijke beweegredenen zou bemoeijen, waar het alleen de vraag kan zijn of men zich tegen de verpligting uit eenig contract heeft vergrepen.

Een andere fout in het juist opvatten van het begrip van *dolus* is m. i. nog in de poging gelegen, om eenen dolus in ruimeren zin te scheppen, die dan naast den eigenlijken dolus nog de culpa lata, de actio doli mali, en de exceptio d. m. in zich begrijpt, en dus noodwendig een hoogst onbestemd begrip oplevert. Zulk eene ruimere beteekenis van het woord *dolus* hebben wij niet noodig: culpa lata

---

is door HASSE (§ 18) voldingend bestreden, hij komt hierop ook zelf in zijn opstel van 1844 niet meer terug.

is nimmer, zooals blijken zal, onder het woord *dolus* begrepen, en wat de actio en exceptio d. m. aangaat, zoo heeft het woord *dolus malus* daar eene geheel eigenaardige kracht, afwijkende van de oorspronkelijke beteekenis, waarin het woord in onze leer en in het strafregt voorkomt.

In zekeren zin kom ik dus tot hetzelfde resultaat als SCHAAF, die *dolus* algemeen als „unrechte Wille" opvat: alleen meen ik, dat hij het verschil heeft voorbijgezien, dat deze beteekenis aanneemt, voor zoover wij haar of op het strafregt of op het burgerlijk regt toepassen, ten gevolge van de onderscheidene objecten, waarop deze unrechte Wille in beide gerigt is; eene fout, waaruit ook zijne voorstelling van de culpa als een gewijzigden, meer verwijderden dolus noodzakelijk voortvloeit, voor zoover hij zich niet voorstellen kan, hoe men ter verantwoording wordt geroepen van wat men niet gewild heeft [1].

Tot staving van mijn gevoelen wil ik nog enkele plaatsen der Pandecten aanhalen. De gevallen, waarin van eigenlijken dolus tegenover culpa voorbeelden gegeven worden, zijn niet talrijk, daar gewoonlijk de gevallen van culpa lata onder den dolus mede begrepen worden, en de definities van *dolus* [2] meestal op den (ten gevolge dezer zelfde gelijkstelling) meer gewigtigen dolus der actio en exceptio d. m. betrekking hebben. Men kan hier echter aanhalen:

[1] Vgl. zijne geheele voorstelling a. w. p. 20—120, vooral echter p. 55 vgg., waar dit duidelijker zigtbaar is. Het is ook opmerkenswaardig, dat bijna al zijne voorbeelden van dolus genomen zijn uit Lib. 48 Dig., en eenige andere titels, die meer een strafregtelijk karakter hebben (lib. 2, tit. 1. enz.).

[2] Dolus est machinatio quaedam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, et aliud agitur (l. 1 § 2 D. de D. M. 4 3); Dolus malus fit calliditate et fallacia: et, ut ait PEDIUS, dolo malo factum tit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur (l. 7 § 9 D. de Pact. 2.14).

L. 8 § 10 D. Mand. (17.1)

Si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere) teneberis.

L. 7 pr. D. Depos. (16.3)

Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum, sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror: quia cum sciret cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.

Deze beide plaatsen, die door HASSE [1] eenigzins geminacht worden, schijnen mij juist voor de begripsbepaling van den dolus in onze leer van veel gewigt, omdat ULPIANUS, van wien zij zijn, hier eene scherpe afscheiding tusschen dolus en culpa lata maakt, waaromtrent men gewoonlijk minder streng is: maar is dolus dan volgens hem wissentliche Schaden? In beide gevallen wist de gedaagde zeer wel, toen hij uit welwillendheid den slaaf losmaakte of met bieden ophield, dat hij zijnen medecontrahent schade toebragt, en volbragt hij de daad niettemin. Ook MOMMSEN [2] erkent dit, maar zoekt deze plaatsen zoo te verklaren, dat in beide gevallen de veroordeeling wegens dolus infamie ten gevolge zou hebben, en men hier dus om zijne goede bedoeling minder streng was om dolus aan te nemen. Dit antwoord schijnt mij zeer zwak, en de redenering van den jurist, die aanneemt, dat er eigenlijk dolus is (wat nergens uit blijkt), maar omdat zulk eene uitspraak al te harde gevolgen zou hebben, dit oordeel wijzigt, is op zijn minst niet zeer

[1] Culpa, § 17.

[2] a. w. S. 348, Anm. 1.

juridisch te noemen. Is hier dolus, dan heeft ULPIANUS ten onregte beslist, dat er slechts culpa lata is: is er geen dolus, dan is de definitie van HASSE verkeerd. Maar ook met PUCHTA [1] kan ik mij niet vereenigen, die in deze gevallen van culpa lata voorbeelden ziet van eene wel „absichtliche Verletzung", waarin echter „die Absicht nicht auf das eigentlich Rechtswidrige an den Erfolg" ging: een ander onregtmatig gevolg als de Verletzung lag ook in het geval van den dolus niet in de bedoeling. Wat is het geval? In l. 8 § 10 cit. liet de mandataris zich in het eerste voorbeeld omkoopen: zijne bedoeling was dus om zich zelf een voordeel te bezorgen, hetwelk hij wist, dat alleen door het nadeel van zijnen mandans kon gekocht worden: middellijk was dus zijne *bedoeling* den mandans te schaden; in het tweede voorbeeld was zijne bedoeling alleen om zijnen vriend te believen, had hij het op eene andere wijze kunnen doen, dan had hij het gedaan, nu hij het alleen kon doen door zijnen mandans te schaden, bedacht hij dit niet: maar dit niet bedenken was eene intempestiva misericordia, daarin ligt de culpa lata. Evenzoo in l. 7 cit. komt de schade van den eigenaar van den slaaf niet in den geest van den depositaris op; door eene intempestiva misericordia, eene opwelling van zijn gevoel, maakt hij hem los, doch zonder eenige verwijderde bedoeling tegen den eigenaar: het is dus niet dolus, maar culpa, doch culpa van de ergste soort.

L. 29 pr. D. Mand. (17.1)

Si fidejussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fidejussionis, an mandati judicio persequi possit id quod solverit, quaeritur? Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari: dissoluta enim negligentia prope dolum est.

[1] Pand. § 265, e.

Hier wordt klaarblijkelijk verondersteld, dat ook als men *sciens* de exceptie verzuimd heeft, het toch eene culpa lata kan zijn, die wel den dolus nabijkomt, maar toch geen dolus is. Men moet dus voor dolus meer vorderen als wissentliche Schaden, en dit meer kan niet anders zijn, dan wat het woord zelf aan de hand geeft: de *wil* om te schaden. Gedeeltelijk komt HASSE tot hetzelfde resultaat, als hij zegt: „Der animus nocendi in diesem Sinne, das Wollen des schädlichen Erfolgs (wenn auch nicht um seiner selbst willen), das wissentliche Schaden ist also das wahre unterscheidende Merkmal des Dolus." [1] Het eerste is ook mijne meening: maar ik geloof niet, dat dit altijd van gelijke beteekenis zal zijn met „wissentliche Schaden".

L. 11 § 15 D. de A. E. V. (19.1)

Denique libro X apud MINICIUM ait (JULIANUS), si quis servum ea conditione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emtor hoc fieri intra diem non desideraverit, ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit: tunc enim in hoc fieri, ut per ipsum et per heredem ejus emtorem habere liceret: qui autem alienum sciens vendidit, dolo (inquit) non caret, et ideo emti judicio tenebitur.

Ook deze wet, die oogenschijnlijk voor de gelijkstelling van geweten en gewilde schade spreekt, gaat echter werkelijk uit van het denkbeeld, dat dolus alleen het laatste is: wat beteekenen anders de laatste woorden? Was alle gekende schade dolus, dan behoefde ULPIANUS zoo zorgvuldig niet te spreken, daar hij dan volstaan kon met te zeggen: „qui sciens vendidit, eo ipso dolum committit", maar juist in het voorzigtige „dolo non caret" ligt, dat hij moet gerekend worden, in dolo te zijn, meer dan waarschijnlijk in dolo is; zooals trouwens slechts

[1] Culpa, § 20 fine.

weinige gevallen (als l. 8 § 10 en l. 7 pr. cit.) denkbaar zijn, waarin bij geweten schade niet tevens een indirecte animus nocendi voorhanden is.

L. 5 § 1 D. ad l. Aq. (9.2)

Injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit.

In deze tegenstelling tusschen is, qui nocere voluit, en qui nocere noluit, ligt m. i. onmiskenbaar de tegenstelling van dolus en culpa verborgen: deze woorden kunnen hier niet anders beteekenen, dan dat het woord *culpa*, dat zoo even gebruikt was, hier in den wijdsten zin moet genomen worden, en beide, zoowel dolus als culpa in engeren zin, omvat (vgl. boven pag. 27).

In onze leer is *dolus* dus ongetwijfeld de *wil om te schaden*; mits men hierbij in het oog houde, dat daarom de bedoeling niet juist in de eerste plaats dit gevolg behoeft geweest te zijn. Indien slechts, al is het ook verwijderd, de schade nog altijd in de bedoeling, den wil van den dader is begrepen geweest, is er dolus aanwezig: waar dit niet het geval geweest is, en de dader toch op andere gronden aansprakelijk wordt gesteld, zegt men, is enkele culpa. Trekken wij dus onze resultaten zamen, dan is er:

Dolus *in het strafregt:*

bij elke toerekenbare daad, in strijd met ieders verpligting uit de strafwet, en welke daad men gewild heeft;

in het burgerlijk regt:

bij elke toerekenbare daad, in strijd met eenige civielregtelijke verpligting, en die eene schade teweeg brengt, welke schade men gewild heeft; [1]

[1] Bij de actio doli mali beteekent *dolus* (dat hier geregeld *dolus malus* heet) het bedriegelijk gebruik maken van een voordeel, dat het strenge regt geeft tegen de billijkheid: dolo facit quicunque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit (l. 2 § 5 D. de D. M. Exc. 44.4); vgl. Schaaf, § VI. Wil men eene gemeenschappelijke beteekenis zoeken,

CULPA *in het strafregt:*
bij elke toerekenbare daad of verzuim, in strijd met ieders verpligting uit de strafwet, gedaan zonder dat men die daad gewild heeft;
in het burgerlijk regt:
bij elke toerekenbare daad of verzuim, in strijd met eenige civielregtelijke verpligting, en die eene schade teweeg brengt, welke men niet gewild heeft.

§ 10.

Regtsgrond van de praestatio culpae.

Stelt men aldus het wederzijdsch karakter van *dolus* en *culpa* vast, dan is het zeer ligt begrijpelijk, dat als de eene contrahent willens zijnen medecontrahent schade toebrengt, zulk eene handeling zoozeer met de goede trouw, die beide elkander verschuldigd zijn, in strijd is, dat ze altijd tot schadevergoeding aanleiding geeft. Doch geheel anders wordt de vraag, als hij die schade niet bedoeld heeft, en men zou de hardheid kunnen beweren, die er in ligt, om iemand alzoo aansprakelijk te stellen voor iets, wat geheel buiten zijn wil is gevolgd. Om deze zwarigheid op te lossen, kan men niet met SCHAAF [1] beweren, dat zijn wil ook in dit geval, al is het indirect, op de schade gerigt is geweest: de ondervinding is daar om te leeren, hoe dikwijls men met de beste bedoelingen kan blijken verkeerd gehandeld te hebben, en terwijl men niets dan het belang van zijn medecontrahent

dan ligt die in den verdorven, boozen zin, dien beide verraden. Een nader onderzoek naar het karakter van dolus zou mij echter te ver van mijn onderwerp afgeleid hebben: ik heb mij daarom met de begripsbepaling van *dolus* in onze leer vergenoegd, om de grens te hebben, van waar de *culpa* s. str. aanvangt.

[1] Vgl. a. w. S. 38.

bedoelt, toch een schade teweeg brengt, die men naar regt vergoeden moet. De grond moet dus in iets anders gezocht worden.

Wanneer het schadelijke gevolg niet geheel toevallig is, en daardoor tot het gebied van den *casus* vervalt, [1] kan men altijd zeggen, dat de schuldenaar het door eene meerdere of mindere mate van oplettendheid had kunnen voorzien en voorkomen. Wanneer b. v. mijn administrateur het huis, dat hij onder zijn beheer heeft, aan een insolvent persoon verhuurt, dan ligt in die daad zeker niets, waartoe ik hem eenigzins het regt zou kunnen ontzeggen, daar ik veeleer hem zelf opgedragen heb, om mijn huis te beheeren, en dus ook te verhuren. Maar ieder zal moeten erkennen, dat er niet veel oplettendheid toe behoorde om te voorzien, dat die huurder de huur niet zal betalen. Of wel, hij verhuurt het zonder huurcedul. Ook hier had hij kunnen bedenken, dat, indien de huurder eens oneerlijk bleek te zijn, ik ligt in groote moeijelijkheden zou kunnen geraken. Heeft hij nu die nadeelige gevolgen werkelijk voorzien en bij zijn handelen gewild, dan is er, zooals wij boven zagen, een geval van dolus, en is hij van zelfs aansprakelijk; doch ook al heeft hij het niet voorzien, blijft nog de vraag over: had hij het niet kunnen en moeten voorzien? Bij de beantwoording van deze vraag dient evenwel in de eerste plaats herinnerd te worden, dat men in het algemeen genomen van niemand vorderen kan, om ook bij handelingen, die op zich zelf geoorloofd zijn [2], (en a

---

[1] Over den casus z. m. MOMMSEN, Beitr. Bd. I, Kap. 3, Nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung, § 20—33; vooral § 20 en 21.

[2] Men houde vooral in het oog, dat hier alleen van deze sprake is; handelingen, die reeds op zich zelve ongeoorloofd zijn, behooren tot het gebied der lex Aquilia. De regtsgrond, waarom daarbij ook niet gewilde schade vergoed wordt, is dan ook een geheel andere, dan de in den tekst ontwikkelde: het komt er daar volstrekt niet op aan, of men het schadelijke gevolg al dan niet gewild of voorzien hebbe: door de

fortiori dus ook zoo dikwijls de schade veroorzaakt is, doordat men *niet* gehandeld heeft) te bedenken, of daardoor ook een ander schade wordt toegebragt: immers het is het kenmerk onzer persoonlijke vrijheid, te doen, „quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut *jure* prohibetur." [1] Zoolang elk individu dus op zijn geïsoleerd standpunt staan blijft, kan hij binnen de sfeer zijner regtsbevoegdheid alles doen en laten, wat hij wil: zijne aansprakelijkheid neemt eerst een aanvang, zoodra hij buiten die sfeer treedt, en zich eene onregtmatige inwerking op de regten van anderen veroorlooft. Zelfs als hij zich stricto jure tot eenig dare of facere verpligt, komt in dien staat van zaken geene verandering: hij neemt daardoor eene enkele, vast omschreven verpligting op zich, en wanneer hij *daaraan* slechts voldoet, ligt er in deze obligatio verder niets, wat zijne natuurlijke vrijheid eenigzins zou kunnen belemmeren. [2]

Doch het onderling maatschappelijk verkeer, en onze veelzijdige behoeften, die wij onmogelijk zonder hulp van elkander voldoen kunnen, dulden niet, dat men op dit geïsoleerd standpunt, en elk binnen zijne eigene regtssfeer, staan blijft: veeleer is het streven daarheen gerigt, om de menschen meer en meer tot elkander te brengen, en talrijke punten van aanraking tusschen hen te doen geboren worden. Menige botsing tusschen de regten van den een en de bevoegdheid van den ander, is hiervan

---

daad zelve is men reeds den kring zijner regtsbevoegdheid te buiten getreden, en wanneer dus die daad slechts toerekenbaar is, sleept dit ook van zelf de verantwoordelijkheid mede voor alle gevolgen, welke die daad ten opzigte van eens anders regten hebben kan. Eene nadere ontwikkeling hiervan, even als van den regtsgrond der praestatio culpae in het strafregt, hoewel beide verwante onderwerpen, zou ons echter te ver afleiden van mijn eigen onderwerp, de praestatio culpae in obligationibus; vgl. Inl. § 1.

[1] § 1 I. de J. Pers. (1.3).

[2] Vgl. l. 137 § 2, 3 D. de V. O. (45.1); boven pag. 26.

het noodwendig gevolg. Immers, in plaats dat A. altijd zijne eigene goederen zou bewaren, en zijn eigen zaken besturen, zoodat B. alleen door buiten den kring zijner regtsbevoegdheid te treden, hem schade zou kunnen toebrengen, is het dikwijls B, die A 's goederen onder zijne magt heeft (als venditor, conductor, commodatarius enz.), of zijne belangen waarneemt, hetzij vrijwillig hetzij noodzakelijk (als voogd, echtgenoot, mandataris enz). Zijne aansprakelijkheid kan zich dus niet meer bepalen tot hetgeen voldoende zou zijn, als beide hun afgezonderd standpunt konden bewaren: en, daar B. zich door den loop der omstandigheden of de vrijwillige medewerking van A. in staat ziet gesteld, om, niettegenstaande hij binnen de grenzen zijner regtsbevoegdheid blijft, toch ten goede of ten kwade op A 's belangen in te werken, zoo vordert de goede trouw, die bij al deze verbindtenissen op den voorgrond staat, dat hij zich dat vrijwillig geschonken vertrouwen ook zal waardig betoonen, door ijverig en getrouw die vreemde belangen te behartigen, welker verzorging hem is toebetrouwd. Het is dus wel waar, dat hij beweren kan, de schade (al is het ook nog zoo verwijderd) niet gewild te hebben; maar met regt zal A. hem antwoorden: „Men is begonnen met u te vertrouwen. Gij hebt daardoor de gelegenheid ontvangen, om door uwe overigens geoorloofde handelingen, of zelfs door uw niet doen mij te benadeelen, gij hebt die gelegenheid misbruikt: vergoed mij dus de door u veroorzaakte schade. Gij zoudt u met mijne belangen niet hebben kunnen inlaten, maar nu gij dit gedaan hebt, hadt gij daarbij getrouw te werk moeten gaan."

De goede trouw breidt hier dus de verpligtingen des schuldenaars uit tot buiten het eigenlijk onderwerp der overeenkomst, en vordert, dat, zoo dikwijls iemand zulk eene magt gegeven is, hij in het waarnemen dier belangen eene zekere mate van zorgvuldigheid en oplettendheid zal betoonen (welke zullen wij later zien), die hem ook

daar, waar hij zich overigens binnen den kring zijner bevoegdheid beweegt, bedacht doet zijn op het nadeel, dat voor den ander uit eene zijner handelingen ontspruiten kan. Terwijl dus, zoolang ieder op zijn afgezonderd standpunt blijft, de culpa alleen daarin bestaan kan, dat men den kring zijner regtsbevoegdheid te buiten gaat: terwijl men in de stricti juris obligationes een stap verder gaat, en de culpa daarin ziet, dat men die bepaald omschreven verpligting, welke men uitdrukkelijk op zich genomen heeft, niet nakomt; ligt hier, in de bonae fidei obligationes, de culpa daarin, dat men bij het waarnemen van eens anders belangen niet met dien ijver en getrouwdheid (*diligentia*) te werk gaat, welke men moest aanwenden, ofschoon men zich overigens in den absoluten, voor allen geldenden zin van het woord, geen eigenlijk onregt te verwijten hebbe [1].

Om dus in den zin van onze leer culpa daar te stellen, moeten de volgende vereischten zamenkomen:

1. Dat de daad of het nietdoen den schuldenaar toerekenbaar is, d. i. dat hij in het volle genot zijner verstandelijke vermogens en zijner vrijheid gehandeld heeft (omdat waar geene toerekenbaarheid der daad is, ook van geene toerekening der gevolgen sprake kan zijn: *culpa* in ruimeren zin);

2. Dat de schade werkelijk het gevolg van die daad

---

[1] Vgl. Mommsen, Beitr. Bd. I, S. 228, die den regtsgrond der praestatio culpae ziet in het maatschappelijk verkeer, dat vordert, dat de schuldeischer met zekerheid op de vervulling der obligaties kan staat maken. Is echter de zekerheid van den schuldeischer het eenige, waar het op aankomt, waarom den schuldenaar dan ook niet voor casus aansprakelijk gesteld? Zij zou daardoor nog meer bevestigd worden. En waarom soms zijne gehoudenheid tot dolus beperkt, ofschoon ook dan eene zekerheid verkieslijk is? Beter zoekt Bethman-Hollweg in zijne uitgave van Hasse den grond der praestatio culpae in het wezen der contracten zelf; hoewel hij ten onregte meer op het bestaan, dan op den inhoud van het contract let. Vgl. ook Brinz, Lehrb. d. Pand. S. 592.

is (zijn er andere oorzaken, waaruit de schade meer direct is voortgevloeid, dan wordt zij *casus*);

3. Dat de dader die gevolgen had kunnen voorzien en voorkomen door het betoonen van minstens zulk eene mate van zorgvuldigheid (*diligentia*), als waartoe hij door de obligatio verpligt was (is dit het geval niet, dan kan er wel van zijne zijde eenige negligentia bestaan hebben, maar eene volkomen onstrafbare [1], die terugvalt onder den regel, dat men ten behoeve van een ander tot geene diligentia verpligt is);

4. Dat hij die mate van zorgvuldigheid in het aanhangige geval niet heeft aangewend, en daardoor de oorzaak der schade geworden is (*culpa* in beperkten zin).

De vraag, of in eenig geval culpa aanwezig is, hangt dus geheel af van deze andere: „welk eene mate van zorgvuldigheid had de gedaagde hier moeten aanwenden, om de mogelijke schade van zijnen medecontrahent af te wenden?" Van daar dat men in de bronnen ook overal *culpa* en *negligentia* als woorden van gelijke beteekenis naast elkander vindt; en evenals *culpa* s. lat. door *injuria*, zoo *culpa* s. str. door *negligentia* verklaard wordt. B.v.

L. 72 D. pro Socio (17.2)

Socius socio etiam culpae nomine tenetur, i. e. desidiae atque negligentiae.

L. 68 pr. D. de Contr. Emt. (18.1)

Si cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emtori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, i. e. non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.

Vgl. l. 6 D. de Adm. rer. (50.8), l. 2 § 1 D. de Per. et C. (18.6), l. 25 § 16 D. Fam. Erc. (10.2), l. 1 § 5 D. de O. et A. (44.7), l. 40 D. de Adm. et Per. (26.7), l. 4 D. de Mag. Conv. (27.8), l. 35 D. de S. P. R. (8.3).

[1] Vgl. l. 226 D. de V. S. (50.16): magna negligentia culpa est.

In al deze wetten, en nog vele andere, wordt *culpa* verklaard door *negligentia:* of wel, waar men gewoonlijk van *dolum et culpam praestare* spreekt, de uitdrukkingen *diligentiam praestare, negligentiae nomine teneri* gebruikt. Dan, genoeg om te doen zien, dat men alleen dan in culpa is, wanneer men niet die diligentia heeft betoond, welke het geval van ons vorderde. Wederom evenwel moet ik hier stilstaan, om eene meening van SCHAAF te bestrijden, die, gelijk in de Inl. § 7 is opgegeven in diligentia niet ijver of zorgvuldigheid, maar een „Complex von Leistungen" ziet. Zijn voornaamste argument [1] is het onzekere van zulk een geheel inwendigen maatstaf: doch het komt mij voor, dat zijn zoogenaamde uitwendige maatstaf nog veel onzekerder is. Het spreekt wel van zelf, dat van de diligentia door uitwendige daden blijken moet, en eene zorgvuldigheid, die zich niet door daden van voorzorg kenmerkt, weinig baten zou. De meerdere of mindere mate der zorgvuldigheid gaat dus wel over in een grooter of kleiner „Complex von Leistungen" (en in zoover is het slechts een woordenstrijd): maar juist door dit laatste op den voorgrond te brengen, verwerpt hij den eenigen maatstaf, die denkbaar is. Vordert men in elk geval een zeker aantal verpligtingen, dan dienen partijen deze vooruit op te tellen, of zij zullen niet weten, waaraan zich te houden: vordert men daarentegen een zekere mate van oplettendheid, dan is dit ook wel niet vast begrensd: (en kan dit anders in eene zaak, waar alles op de bona fides, en mitsdien op het arbitrium judicis aankomt?) maar men kan ten minste eenigzins de mate dier oplettendheid aangeven, terwijl het onmogelijk is vooruit te zeggen, welke bepaalde verpligtingen b. v. koop en verkoop mede zullen brengen, daar duizend verschillende omstandigheden ook duizend onderscheidene handelingen voor den schuldenaar noodig zullen maken.

---

[1] Vgl. a. w. S. 25—30, 75—103.

In allen gevalle beteekenen de woorden *diligentia* en *negligentia* moeijelijk iets anders als ijver en nalatigheid, en is het dus onloochenbaar, dat de Romeinen om tot het Complex von Leistungen van elk geval te komen, den maatstaf bezigen der diligentia, die noodig was geweest om de mogelijke schade te voorkomen.

Alvorens echter de vraag te beantwoorden, hoe groot deze mate van zorgvuldigheid dan zijn moet, dien ik nog een paar opmerkingen te laten voorafgaan, die wel niet onmiddellijk tot de beantwoording daarvan behooren, maar toch algemeen in het vervolg in acht genomen moeten worden.

I. Daar deze geheele leer op de bona fides en den veronderstelden wil der partijen gebouwd is, voor zoover de regter van den gedaagde alleen datgene vordert, wat naar alle waarschijnlijkheid de eischer bij het sluiten der overeenkomst van hem verwacht heeft, zoo vervalt het geheele onderzoek, wanneer partijen hun werkelijken wil hebben kenbaar gemaakt: alleen bij gebreke daarvan komt de geheele vraag te pas. En hierin ligt wederom een onderscheid met den dolus; want terwijl zij de geheele praestatio culpae kunnen uitsluiten, omdat buiten het contract niemand verpligt kan zijn tot eenige diligentia, om de noodlottige gevolgen zijner geoorloofde handelingen te voorkomen, en zij door zulk een beding slechts den algemeenen regel herstellen, beschouwt men een beding, waarbij de dolus wordt veroorloofd, als te zeer met de goede trouw in strijd, dan dat men zulk eene met het wezen der overeenkomst strijdende bepaling zou toelaten.

L. 23 D. de R. J. (50.17)

. . . . . hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit: excepto eo, quod CELSUS putat, non valere, si convenerit ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei judicio contrarium est: et ita utimur.

L. 11 § 1 de A. E. V. (19.1)

In primis sciendum est, in hoc judicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari quod inter contrahentes actum est; quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hu jus judicii potestate.

Vgl. l. 1 pr. D. de Pactis (2.14); l. 1 § 6 D. Dep. (16.3); § 5 I. Loc. (3.24).

L. 27 § 3 D. de Pactis (2.14)

Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur.

Vgl. l. 17 pr. D. Comm. (13.6); l. 1 § 7 D. Dep. (16.3); l. 6 § 9 D. de A. E. V. (19.1); l. 5 § 1 D. de Pact. Dot. (23.4).

Alleen derhalve als de partijen omtrent dit punt gezwegen hebben, komt de vraag in aanmerking, welke mate van zorgvuldigheid de gedaagde in dit geval ex fide bona had moeten aanwenden.

II. Tot nog toe heb ik meestal slechts gesproken van schade, uit eene daad van den gedaagde voortvloeijende, of van ijver om dit gevolg eener daad te voorzien: maar onder dit woord *daad* moet zoowel het positive doen als het nalaten begrepen worden. Gelijk bekend is, hechtte Donellus een hoog gewigt aan de onderscheiding daarvan: thans evenwel is men hiervan teruggekomen, doch nog maken velen een onderscheid tusschen beide, is het dan al niet meer om daaraan practische gevolgen te knoopen, dan toch om b. v. de uitdrukking *culpa et diligentia* te verklaren, zoodat alsdan *culpa* de zoogenaamde culpa in faciendo, *diligentia* de culpa in non faciendo zou uitdrukken. Deze zamenvoeging zullen wij later meer naauwkeurig moeten beschouwen, hier zij het genoeg, aan te toonen, dat de Romeinen deze geheele verdeeling niet kenden, en de talrijke malen, waarin het woord *culpa* van eenig nalaten, *diligentia* van eenig handelen gebruikt wordt, [1] zulk eene opvatting volkomen

[1] Vgl. de boven p. 43 aangehaalde wetten, benevens de hierna te bespreken l. 1 pr. D. 27.3; l. 11 C. 4.35.

verbieden. Reeds de beteekenis der woorden verhindert die: *culpa* is schuld, maar is dan alleen hij, die door eene daad zijn medecontrahent schade toebrengt, schuldig, en kan men niet evenzeer zeggen, dat hij schuldig is, die stil zit, waar de aard van het contract hem verpligtte tot handelen? *Diligentia* (of liever het omgekeerde *negligentia*) drukt eene strafbare nalatigheid aan: maar is het bij hem, die door eene overigens geoorloofde daad schade toebrengt, ook niet evenzeer alleen zijne nalatigheid, die hem schuldig maakt, als dit bij hem het geval is, die door niets te doen de schade veroorzaakt heeft? Deze woorden leiden er dus niet toe, eenig onderscheid tusschen culpa in faciendo en culpa in non fac. te maken: gaan wij thans de uitspraken der Pandecten na. De voornaamste in dit opzigt is:

L. 91 pr. D. de V. O. (45.1)

Si servum stipulatus fuero, et nulla mora intercedente servus decesserit, siquidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? Considerandum est [1], utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.

Vooreerst behoort deze plaats tot de stricti juris obligationes, en is dus op onze leer niet toepasselijk, daar uit de stelling, dat deze alleen culpa in faciendo erkennen, nog niet behoeft voort te vloeijen, dat daarom ook de bonae fidei obligationes eenig verschil van positive en negative culpa aannemen. Maar daarenboven is de culpa in faciendo, die bij de stricti juris obligationes voorkomt, niet dat wat Donellus en zijne volgers on-

[1] Flor. *considerantibus*, zonder verschil van beteekenis.

der dien naam verstaan. Wie zich stricto jure verbonden heeft iets te leveren, is alleen tot dare, niet tot facere verpligt: heeft hij dus eene schade toegebragt, die van het *non dare* onafhankelijk is, dan heeft de obligatio niets in zich, wat eene bijzondere vergoeding daarvan medebrengt, en valt hij onder het gewone regt terug, evenzeer alsof er geene obligatio over deze zaak bestond. Culpa in non faciendo wordt dus nimmer gepraesteerd, maar ook schade, die het gevolg van positive handelingen is (culpa in fac. volgens DONELLUS), alleen dan, als deze handelingen reeds op zich zelf ongeoorloofd zijn (d. i. zoogenaamde Aquilische schade, vgl. Inl. § 1). Zoo wordt dan ook hier als voorbeeld dezer culpa het occidere servum aangevoerd. En inderdaad kan men eigenlijk ook alleen van deze zeggen, dat zij eene culpa in faciendo is, om dat daar het ongeoorloofde (de *culpa*) in de daad zelve gelegen is: is deze daad op zich zelf geoorloofd (hetzij ze in een handelen of niet handelen bestaat), dan ligt het ongeoorloofde niet in de daad, maar in het niet aanwenden der noodige diligentia, en is dus in zekeren zin altijd eene culpa in non faciendo. Doch hetzij PAULUS dit al of niet bedoeld heeft, toen hij zeide, dat de stricti juris oblig. alleen culpa in faciendo opnemen, in allen gevalle kan dit niet van invloed op de praestatio culpae der b. f. judicia zijn.

L. 1 pr. D. de Tut. et Rat. Dist. (27.3)

In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.

L. 11 C. Mand. (4.35)

Procuratorem non tantum pro his quae gessit, sed etiam pro his quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex mandato pecuniam quam non exactam, tam dolum quam culpam.... praestare necesse est.

In beide gevallen wordt wel is waar van handelen en niet

handelen gewag gemaakt, maar zonder dat daarom in de verte op eenige onderscheiding der culpa wordt gedoeld: integendeel slaat in de laatste wet het woord culpa bepaaldelijk op beide, evenzeer als omgekeerd ook diligentia op vele plaatsen van positive handelingen gebruikt wordt (vgl. boven pag. 43).

Ook al leidt men er dus (zooals na HASSE algemeen gedaan wordt) geene practische gevolgen meer uit af, is het ter voorkoming van verwarring en vooral om de verdeelingen niet noodeloos te vermeerderen, beter, van de geheele onderscheiding geen gewag te maken, of wel ze als synoniem te beschouwen met die in Aquilische culpa en culpa in obligationibus, zoodat zij uitdrukt, dat of de daad, die schade teweeg bragt, reeds op zich zelf ongeoorloofd was, of die daad zijn onregtmatig karakter eerst uit de obligatio moest ontleenen. Ik heb van deze verdeeling dan ook alleen gesproken om te herinneren, dat zoo dikwijls ik hier bij verkorting alleen van *daad* spreek, daarmede zoo wel positief handelen als verzuim uitgedrukt wordt. [1]

---

[1] Bij deze verdeeling vgl. m. vooral HASSE in zijne uitvoerige bestrijding van DONELLUS en v. LÖHR de dezen aanzien, § 27—39, 45—48. Daar hun stelsel hierop geene voorstanders meer heeft gevonden, meende ik dit gevoelen niet meer te moeten bestrijden, een punt, waarover trouwens na HASSE weinig meer te zeggen zou zijn. Alleen moet ik hier nog op het onjuiste van v. LÖHR's bewering (Magas., Bd. IV, S. 488) wijzen, die den geheelen strijd van HASSE voor een woordenstrijd verklaart. Integendeel, onderscheidene positive handelingen zijn in DONELLUS' (en zijn eigen) zin culpa in faciendo, zonder onder de lex Aquilia te vallen, zoo als b. v. als een voogd het huis van zijn pupil aan een insolventen huurder verhuurt, of bij het beleggen van diens gelden goederen verre boven de waarde koopt. Ziet ook von LÖHR in zulke handelingen niet meer eene culpa in faciendo, dan moest hij erkennen, van DONELLUS' (en zijne eigene) meening tot die van HASSE te zijn overgegaan, of anders zal de beschuldiging van een woordenstrijd te voeren, hem, niet HASSE treffen.

§ 11.

Culpa dolo proxima (*culpa lata*).

Vragen wij thans, welk eene mate van bedachtzaamheid in elk contract gevorderd wordt, om ook op die nadeelen, welke uit op zich zelf geoorloofde daden kunnen voortspruiten, bedacht te zijn, dan is het eerste, wat men in het oog moet houden, dit, dat bij de beantwoording dezer vraag de contracten in twee categoriën verdeeld worden, voor zoover enkele alleen voor dolus aansprakelijk stellen, andere ook voor culpa. De grond, waarom dit bij elk zoo is, zal eerst later behandeld kunnen worden; genoeg is het thans, dat het feit zelf (waarin het grootste belang van de verdeeling in dolus en culpa gelegen is) vast staat.

L. 23 D. de R. J. (50.17)

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam.

L. 5 § 2 D. Comm. (13.6)

Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus.

In beide wetten, de eenige uit het Corpus Juris, waarin men een eenigzins volledig overzigt onzer leer heeft trachten te geven, staat deze verdeeling bovenaan, en de eerste vraag moet dus zijn: wat beteekent het, als eenig contract *dolum solum recipit?* Waarin die dolus eigenlijk bestaat, is in § 9 aangetoond: doch bij dit strenge begrip zijn de Romeinsche juristen niet blijven stilstaan, veeleer hebben zij het door interpretatie uitgebreid, en eenige gevallen, die eigenlijk onder het begrip van culpa vielen, er bij getrokken. De aanleiding daartoe is niet ver te zoeken. Ofschoon het in theorie zeer gemakkelijk is, het begrip van *dolus* juist te omgrenzen, en daarin den wil om te schaden te zien, is het, evenals bij zoovele in theorie zeer schoone onderscheidingen, in de werkelijkheid zeer moeijelijk uit te

maken, of eenig gegeven geval daaronder valt. Slechts zelden heeft de dader zich bij zijn handelen juist al de gevolgen voor oogen gesteld, en deze dus werkelijk gewild: en toch is veelal deze zijne kortzigtigheid zoo groot en zoo ongeloofelijk, dat het aan geen redelijken twijfel onderworpen kan zijn, of, ook al had iemand hem dit mogelijk gevolg voor oogen gehouden, hij toch de daad verrigt zou hebben. Daarenboven is het bijna onmogelijk, telkens den eigenlijken wil van den dader op te sporen; en wat is dus natuurlijker, dan dat, wanneer de regter geroepen wordt, zijnen wil naar de meeste waarschijnlijkheid te interpreteren, deze gevallen van bijna ongeloofelijke, buitengewone kortzigtigheid evenzoo behandeld worden, alsof de wil werkelijk aanwezig geweest was? Te meer daar de presumtie wezen moet voor hem, die onschuldig schade heeft geleden, en tegen hem, die zich aan eene zóó grove nalatigheid heeft schuldig gemaakt, als thans, nu de partijen toch door een contract tot elkander zijn gebragt, in lijnregten strijd met de goede trouw is. Ofschoon dus het oude regt alleen van dolus sprak, geloof ik, dat de Romeinsche juristen binnen de grenzen eener regtmatige interpretatie bleven, door al die gevallen, welke als 't ware op de grenzen lagen, en waar altijd minstens genomen groote onzekerheid heerschte, tot het gebied van den dolus over te brengen. Die onwaarschijnlijke, zonder dolus bijna niet denkbare kortzigtigheid, die grove met de goede trouw strijdende nalatigheid is dus het werkelijke kenmerk der culpa lata, welke oorspronkelijk culpa dolo proxima zijnde, interpretatione juris dolus wordt [1].

[1] Wel te verstaan, alleen te dezen aanzien: ten opzigte der infamie wordt wel onderscheid tusschen beide gemaakt, omdat die het bepaalde gevolg is van den animus nocendi, en deze dus bewezen moet zijn; z. bov. p. 34. Vgl. echter Thibaut, System, § 165, die met beroep op l. 11 § 4 D. 3.2 van een ander gevoelen is. Ook op het strafregt had deze gelijkstelling geen invloed; l. 7 D. ad L. C. de Sic. (48.8).

L. 1 § 5 D. de O. et A. (44.7)

Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur, qui et ipse de re quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiam si negligenter rem custoditam amiserit, securus est (in tegenstelling namelijk van den commodataris, waarover in § 4 gehandeld was): quia enim non sua gratia accipit, sed ejus a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. Negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet: magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere.

Even als gewoonlijk wordt hier dus dolus aan de eene zijde, negligentia (culpa) aan de andere, tegen elkander over gesteld, en dan in parenthesi bijgevoegd, dat eene zeer groote mate van negligentia als dolus beschouwd moet worden, interpretatione daarmede gelijk gesteld.

L. 8 § 3 D. de Prec. (43.26)

Illud adnotatur, quod culpam non praestat is, qui precario rogavit, sed solum dolum praestat: .... culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit.

In dit „culpa dolo proxima" ligt zeer juist de verhouding tot den dolus en de grond der gelijkstelling.

Vgl. l. 1 § 1 D. si Mens. (11.6), l. 29 pr. D. Mand. (17.1), l. 7 § 1 D. de Susp. Tut. (26.10), l. 5 § 15 D. ut in Poss. (36.4), l. 1 § 2 D. Si is qui (47.4), l. 2 C. de in Lit. jur. (5.53), enz.

L. 226 D. de V. S. (50.16)

Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.

L. 32 D. Dep. (16.3).

Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur.

Naar mijne meening zeggen deze wetten niets anders, dan wat in de bovengenoemde en vele andere gelezen wordt. Niet alle nalatigheid is onregtmatig, integendeel buiten het contract is zelfs de grofste geen onregt: alleen dus als zij in strijd is met de diligentia, welke het con-

tract vordert, wordt zij culpa: is deze culpa wederom zeer groot, zoodat zij na aan den dolus grenst, dan wordt zij interpretatione juris als dolus beschouwd, d. i. die bepalingen van het edict of andere regtsbronnen, die alleen van dolus spreken, er ook op toegepast. Niets in de woorden strijdt hiertegen, en zoowel HASSE als alle lateren, ook MOMMSEN, [1] hebben deze woorden zoo opgevat. Alleen SCHAAF ziet daarin het voornaamste (eigenlijk het eenige positive) argument voor zijne bewering, dat de culpa werkelijk dolus is, omdat uit vele culpa (als zij iets anders is dan dolus) evenmin eenige dolus kan worden, als uit een grooten hond een klein kalf. [2] Hoe dit zij, ik geloof voldoende hierboven te hebben aangetoond, dat de talrijke plaatsen, die in tegenstelling van deze twee dolus en culpa wel scherp onderscheiden, zulk eene uitlegging als de zijne verbieden; maar ook van eenen dolus in ruimeren zin te spreken, die dan de culpa lata in zich bevat [3], is onnoodig, daar de algemeene spreekwijze is: dolo aequiparatur en dergl., terwijl *est* zeer wel de beteekenis hebben kan, die men gewoon is er hier in te leggen, namelijk: „wordt interpretatione juris als dolus opgevat."

L. 213 § 2 D. de V. S. (50.16)

Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere quod omnes intelligunt.

L. 223 pr. D. eod.

Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt.

Ofschoon hierin geene eigenlijke definitie gelegen is, toont toch de omstandigheid, dat zoowel PAULUS als ULPIANUS, van wie deze fragmenten zijn, bijná dezelfde woorden gebruiken, aan, dat zij onder de Ro-

[1] a. w. S. 355.

[2] a. w. S. 21.

[3] Dit is vooral sterk bij UNTERHOLZNER, a. w. I, n. 134, minder bij HASSE, § 22.

meinen de gangbare omschrijving der culpa lata vormden. En inderdaad komen zij ook vrij wel overeen met de door ons gegeven voorstelling. Immers, hoe zal men beter de gevallen aanwijzen, waarin de dader met eene bijna ongeloofelijke nalatigheid gehandeld heeft, dan door te zeggen, dat hij zich aan eene zorgeloosheid heeft schuldig gemaakt, die bij *niemand* kan voorkomen? Men behoeft daarom het woord *omnes* niet angstvallig te wegen, om na te gaan, of men op dat *allen* geene uitzondering hebbe toe te laten: men behoeft niet te beweren, dat hij, die non intelligit quod omnes intelligunt, een bijzonder dom mensch is, die eer te beklagen, dan te bestraffen is [1]. Dit is de zin dier woorden niet. Wanneer men om het noodlottige gevolg te voorzien, slechts zooveel had behoeven na te denken, als ieder mensch, wie ook, doet, waar het zijn eigen zaken geldt, en men dit niet heeft gedaan, dan heeft men in die zaak niet bedacht id, quod omnes intelligunt, en heeft men zich aan eene zoo onwaarschijnlijke nalatigheid schuldig gemaakt, dat die zonder den wil om te schaden bijna niet denkbaar is.

Dit wijzen op het onwaarschijnlijke, het ongeloofelijke, dat hier slechts nalatigheid wezen zou, als kenmerk der culpa lata, is de voornaamste verdienste van MOMMSEN in deze leer [2], voor zoover hij daardoor het begrip der culpa lata, dat ook HASSE in den grond eveneens opvatte, duidelijker gepreciseerd heeft. Ook in de bronnen ligt diezelfde verwantschap tusschen de culpa lata en den error improbabilis onmiskenbaar ten grondslag, en van daar dat tot juiste kennis van beide eene vergelijking hoogst nuttig is.

---

[1] Vgl. SCHAAF, a. w. S. 37—40.

[2] Vgl. zijn opstel over de culpa lata, a. w. Bd. III, S. 347—359. Ten onregte voert WINDSCHEID (Kr. Zs. Bd. III, S. 279) hiertegen aan, dat niet alle culpa lata op eenen error berust: kan de schuldenaar zich niet op eenen error beroepen, dan heeft hij niet éene verontschuldiging, en wint het vermoeden van dolus des te meer veld.

L. 11 § 10, 11 D. de Interr. (11.1)

Qui justo errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit, absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit.

Een justus error is culpa levis, en hier niet te verantwoorden; alleen lata culpa wordt als error improbabilis beschouwd, en verpligt even goed tot vergoeding als dolus: de vraag, welke error justus is, hangt hier dus van de culpa af. Opmerkenswaardig is ook, dat van den zoogenaamden error improbabilis dezelfde uitdrukkingen gebruikt worden, als van de lata culpa [1]. Van daar verder, dat bij de vraag, of in eenig geval lata culpa aanwezig is, omstandigheden in aanmerking komen, die alleen door een naauw verband met den error injustus opgehelderd kunnen worden. B.v. iemand, die zich zelf als borg verbonden achtte, hoewel hij het niet was, betaalt: berustte deze dwaling op een error facti, dan is er slechts culpa levis, en heeft hij toch de actio mandati ter terugbekoming, berustte die integendeel op een error juris, dan is er culpa lata, en kan hij deze actio evenmin hebben, als wanneer hij dolo betaald had [2] (quia nemo improbitate sua consequitur actionem [3]). Zoo ook, wanneer een voogd zonder grond tegen zijne benoeming protesteert, en daardoor het hem opgedragen beheer verwaarloost, wordt dit als culpa lata beschouwd. En waarom? Ten einde de verdenking van dolus van zich af te weren, kan hij zich alleen beroepen òf op een error juris, òf op eene dwaling omtrent eene hem persoonlijk eigene daadzaak. Beiden vormen een ongeoorloofden error, zijn beroep wordt dus niet toegelaten; m.

[1] Supina ignorantia, crassa negligentia, l. 6 D. de jur. et f. ign. (22.6); ignorantia deperditi et nimium securi hominis, l. 3 § 1 D. eod.; dissoluta ignoratio, l. 55 D. de A. Ed. (21.1).

[2] L. 29 § 1 D. Mand. (17.1).

[3] L. 12 § 1 D. de Furtis (47.2).

a. w. het is hier een geval van culpa lata, dat met dolus wordt gelijk gesteld [1].

Zoo dikwijls de regter dus niet kan aannemen, dat men alleen negligenter gehandeld heeft, des te meer, zoo dikwijls het waarschijnlijk is, dat men dolo heeft gehandeld (en dit ligt in PAULUS' uitdrukking, „culpae latae finis est," l. 223 cit.), wordt deze erge culpa dolo proxima met den dolus gelijk gesteld [2].

L. 5 § 8 D. Comm. (13.6)

Si tibi codicem commodavero, et in eo chirographarium debitorem tuum cavere feceris, egoque hoc interlevero; siquidem ad hoc tibi commodavero ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario judicio.

Deze plaats wordt door SCHAAF [3] aangehaald om aan te toonen, dat bij culpa lata niet op de meerdere of mindere nalatigheid gelet wordt, maar daar alleen een kleiner aantal verpligtingen is: heeft men eene dier verpligtingen verzuimd, dan is men tot schadevergoeding gehouden, hoe gering ook de nalatigheid zij, waarmede men dat gedaan heeft. Immers, gelijk bekend is, praesteert de commodans alleen culpa lata, en toch wordt hij hier voor het uitwisschen der schuldbekentenis aansprakelijk gesteld, zonder dat er bijgevoegd wordt, dat hij daarbij eene magna negligentia behoeft begaan te hebben. Men zou kunnen zeggen, dat er evenmin van culpa levis gesproken wordt: doch het is duidelijk, dat reeds in het

---

[1] L. 39 § 6 D. de Adm. Tut. (26.7). Zie meer voorbeelden in l. 7 § 4 D. de Jur. (2.1), l. 3 § 22 D. de SCto Sil. (29.5), l. 9 § 4 D. ad Exh. (10.4), l. 2 C. si Tut. (5.55). Door deze voorbeelden wordt het andere beweren van WINDSCHEID t. a. p. beantwoord, dat deze vergelijking de vraag naar het bestaan eener culpa lata niet gemakkelijker maakt: integendeel, beide begrippen helderen elkander op.

[2] Over de leer van den error justus en injustus vgl. vooral v. SAVIGNY, System, Beyl. VIII, Bd. III, p. 325—473, die ook deze verwantschap vermeldt, bepaaldelijk n. 3, p. 333 vg.

[3] a. w. S. 176.

uitwisschen zelf van een geschrift van zooveel belang de magna negligentia ligt. Eene negligentia, waarvan niet door daden blijkt, komt natuurlijk niet in aanmerking: en waardoor blijkt nu eene grover nalatigheid, dan door het uitwisschen eener schuldbekentenis jegens een ander, welke men weet, dat in het boek staat? Wist hij dit niet, dan is de beslissing van ULPIANUS ook eene geheel andere. Het geval is zonder dolus bijna niet denkbaar: en wil de dader dien ontkennen, dan is de nalatigheid, waarop hij zich beroepen moet, van dien aard, dat het niet te denken is, dat die ooit iemand in zijne eigen zaken ontsnapt is: non intellexit quod omnes intelligunt.

L. 54 § 2 D. de A. R. D. (41.1)

Damnum dando (liber homo, qui bona fide nobis servit) damni injuriae tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem, nec tam levem, quam ab extraneo.

Wil men hier met den cod. Flor. *tamen levem* lezen, dan kan het inderdaad schijnen, dat door *gravior* de culpa lata uitgedrukt wordt, en dit fragment beteekent: „de b. f. serviens kan ook met de actio l. Aq. worden aangesproken, doch men moet tot het damnum dare bij hem culpa lata vorderen, echter niet de culpa levis, die men van een vreemde zou verlangen." Doch niet alleen, dat de laatste woorden dan zeer stroef zijn, en het tweede *tamen* evenmin in het Latijn, als in het Nederduitsch een gezonden zin oplevert, maar de herhaling van hetzelfde woord in dezen korten zin geeft iets onwaarschijnlijks aan deze lezing: hierbij komt nog het vreemde, dat alsdan de dienaar jegens zijnen heer alleen voor culpa lata aansprakelijk zou zijn; wat nooit de bedoeling van MODESTINUS kan geweest zijn. Teregt heeft dus HASSE de lezing van onderscheidene oude edities [1] *tam* weder

[1] Deze lezing komt reeds voor in: de Tortis 1491, 1494, 1507, Par.

opgenomen: en doet men dit, zoo is deze plaats duidelijk, maar in het geheel niet op de culpa lata toepasselijk, en heeft ook SCHAAF geen regt, hiervan uit te gaan, om het onjuiste aan te toonen, daarin gelegen, dat men in de culpa lata een graad van zorgvuldigheid zou zien. „Nun dürfte kaum die Ansicht Vertreter finden, als gehe das Recht darauf aus, vorzugsweise bei dem Gesinde Leichtsinn und Unachtsamkeit durch deren Freigebung *bis zum zweiten Grade der Culpa* zu pflegen" [1]. Dit is ten volle waar; maar de geheele wet, die op een geval der lex Aquilia betrekking heeft, spreekt van de daar voorkomende gewone culpa levis, en het „gravior quam ab extraneo" beteekent niets anders, dan dat men hier niet zoo streng als bij een geheel vreemde zal zijn, maar eene grovere nalatigheid dan bij dezen vorderen. De reden hiervoor is duidelijk: de b. f. serviens heeft niet vrijwillig, maar gedwongen zich met zaken bemoeid, die hem niet aangingen, en waartoe hij welligt minder geschikt was; men moet hem dus niet zoo hard vallen als een ander, die deze vrijwillig op zich genomen heeft (vgl. boven p. 41).

Eene andere vraag van meer belang is deze. Gelijk in de Inleiding gebleken is, stelde DONELLUS [2] twee

---

1529, 1548, Lugd. 1575. Ook in de Hss. bestaat verschil: ut tantum culpam ..... nec tam levem, Ms. Hafn.; ut tamen culpam ..... nec tamen tam levem, Ms. Regiom. De afwijking van de lectio Flor. is dus niet zonder grond.

[1] SCHAAF, a. w. S. 171.

[2] Comm. XVI, c. 7, n. 5.6.13. Laatstelijk heeft ook BAUD (Lehrb. d. Pand. I, S. 591) zich voor de volkomen gelijkstelling van culpa lata en culpa in concreto verklaard; en daar hij ook de verdeeling in positive en negative culpa verwerpt, mitsdien alle verschil tusschen den voogd en den depositaris opgeheven. De gronden, die in den tekst tegen DONELLUS en HASSE aangevoerd worden, zullen dus nog zoo veel te meer tegen hem gelden: inderdaad, een enkel doorlezen van l. 23 D. de R. J. is voldoende, om de onjuistheid van zulk eene gevolgtrekking aan te toonen.

kenmerken van culpa lata naast elkander, door behalve het *non intell. quod omnes int.*, het *non adhibere eam diligentiam, quam quis suis rebus adhibere solet*, te noemen; en is het van zijn tijd tot op heden eene der gewigtigste vragen geweest, hoe dit op te vatten. De zwarigheid ligt hierin, dat vijf contracten alleen deze laatste diligentia vorderen (vgl. ben. § 15), en toch in de hoofdverdeeling voorkomen onder diegenen, die behalve culpa lata ook culpa levis opnemen. Als nu de diligentia q. s. een kenmerk is der culpa lata, dan is zij dit overal evenzeer, en dient men ook die contracten, welke vorderen, dat men zich eveneens zal gedragen als in zijn eigen zaken, te beschouwen als alleen praestatie van culpa lata verlangende. Er is dan volstrekt geen verschil tusschen de voogdij of vennootschap, en de bewaargeving, waarbij erkend is, dat de aansprakelijkheid zich tot dolus en culpa lata bepaalt.

Hoe Donellus deze zwarigheid trachtte op te lossen, is eveneens gebleken, doch met zijne hoofdverdeeling in positive en negative culpa moet ook deze oplossing wegvallen. Hasse tracht het groote verschil van beiden in den bewijslast te zoeken. Maar daar de moeijelijkheid van het bewijs het regt niet te loor doet gaan, hoe kan dan deze moeijelijkheid op de hoofdverdeeling der praestatio culpae een zoo gewigtigen invloed uitoefenen? Om dit door een voorbeeld op te helderen: een voogd en een depositaris, gelden van hun pupil of deponent zullende verzenden, verzuimen den brief, waarin die gesloten zijn, te doen aanteekenen: zijn zij verbonden voor deze nalatigheid, als zij dit in eigen zaken gewoon zijn wel te doen, terwijl het toch in abstracto zeker een geval van culpa levis is? De voogd wel, daar hij zich aan eene culpa levis heeft schuldig gemaakt, en hij in dit geval niet zal kunnen bewijzen, dat hij ook in zijn eigen zaken evenzoo handelt. Maar de depositaris? Het zal den deponent zeker veelal moeijelijk, waarschijnlijk onmogelijk zijn aan

te toonen, hoe de depositaris gewoon is, bij het verzenden van zijn eigen geld te handelen; maar kan dit op het regt zelf invloed hebben? Het zal dus van het toeval moeten afhangen, of de deponent in eenig gegeven geval zijn regt zal kunnen bewijzen; maar, al zal hij meestal zijn proces daardoor verliezen, in theorie zal voor den depositaris *altijd* de verpligting bestaan, om ook voor culpa levis in te staan, wanneer hij in eigen zaken niet alzoo handelt. Het onderscheid, dat practisch de bewijslast wel opleveren zal, kan dus alleen niet voldoende zijn, om eene zoo scherpe afscheiding te verklaren, als de Romeinsche juristen overal tusschen de culpa lata en de diligentia q. s. maken [1].

Tegen deze meening staat dan de stelling van PUCHTA en MOMMSEN [2] over, die alleen als men *voorbedachtelijk* in eens anders zaken minder zorg heeft aangewend dan in zijn eigene, deze culpa in concreto met culpa lata gelijk stellen. In zekeren zin behoefden de Romeinsche juristen zoo iets niet te zeggen, daar dit veelal onder het begrip van werkelijken *dolus* zal vallen: maar wanneer zij aan den anderen kant die voorbedachtelijke geringschatting wijder opvatten, en daarin een tweede kenmerk van culpa lata zien, zoo is er niet ééne plaats, die daarvoor pleit, en spreken de twee eenige wetten, die

[1] Behalve de schikking der contracten in L. 23 de R. J. (50.17), blijkt dit o. a. daaruit, dat terwijl de voogd algemeen dil. q. s. praesteert, zijne erfgenamen alleen voor culpa lata van hun erflater aansprakelijk zijn; l. 1 C. de Her. Tut. (5.54). Ook heeft de vader het regt om bij testament den voogd van alle aansprakelijkheid (d. i. voor dil. q. s.) te ontslaan, en heeft dit ten gevolge, dat hij dan alleen voor culpa lata aangesproken kan worden; l. 5 § 7, l. 41 D. de Adm. Tut. (26.7). HASSE zelf wijst hierop, om te bewijzen, dat het wezen der culpa lata en culpa in concreto wel verschilt: hij meent echter, dat de bewijslast dit voldoende verklaart, vgl. § 49—51, 57 sqq. 74, en MOMMSEN a. w. S. 377. In allen gevalle wordt het stelsel van BRINZ (dat ook bij LE BRUN voorkomt, z. ben. § 18) hierdoor geheel wederlegd.

[2] Vgl. boven pag. 18.

hiervoor aangevoerd kunnen worden, onloochenbaar van eene zuivere culpa in concreto, zonder dat daar eenige sprake is van zulke bijkomende omstandigheden, als waarop of HASSE of MOMMSEN het meeste gewigt leggen. Wil men in die wetten de gelijkstelling lezen, dan moet ieder onbevooroordeeld lezer tot hetzelfde resultaat komen als DONELLUS, t. w. dat *elk* verzuim der diligentia q. s. ook culpa lata daarstelt.

Doch de geheele grondslag van al die meeningen, het aannemen namelijk van twee kenmerken der culpa lata, schijnt aan het Romeinsche regt vreemd te zijn. Wie toch zal in het door mij aangehaalde voorbeeld zeggen, dat de depositaris zich hier aan eene, aan den dolus grenzende culpa (c. dolo proxima) heeft schuldig gemaakt? Het is waar, dat hij in eigen zaken zorgvuldiger is, maar moet het hem daarom als eene zoo zware zonde toegerekend worden, als hij gedacht heeft, dat hij voor zich welligt al te angstvallig was, en dus zonder gevaar deze voorzorg wel nalaten kon? Ligt hierin eene zoodanige nalatigheid, dat zij zonder de heimelijke bedoeling om zijnen deponent te benadeelen, bijna niet denkbaar is? Daarenboven kennen de beide wetten, die zoo al geene definitie, dan toch eene beschrijving der culpa lata geven, slechts één kenmerk (vgl. boven p. 53), en verbiedt bepaaldelijk l. 223 cit. (c. l. *finis* est), dit begrip uit te breiden tot iets, wat toch zeker verder van den dolus verwijderd is, dan het non intell. q. o. int. Waren dus de beide wetten, waarin men de gelijkstelling meent te lezen, er niet, de zaak was zeer eenvoudig, en niemand zou uit zich zelf er op gekomen zijn, in het verzuimen der dil. q. s. eene lata culpa te zien. Gaan wij daarom na, of deze wetten werkelijk datgene bevatten, wat men er in leest.

L. 32 D. Dep. (16.3)

Quod NERVA diceret, latiorem culpam dolum esse, PROCULO displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si

quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit.

De vraag, die CELSUS [1] hier behandelt, is deze, of NERVA teregt heeft beweerd, dat ook culpa lata met dolus behoort gelijk gesteld te worden: de juistheid van die in zijn tijd nog nieuwe stelling wilde hij in dit fragment bewijzen (Nam etsi cet.). Nu zou het op zich zelf reeds vreemd zijn, dat hij dit bewijs geheel achterwege liet, en in plaats daarvan een gevoelen uitsprak, dat nog verder ging dan NERVA; PROCULUS zou daardoor zeker niet overtuigd zijn geworden. Maar dit doet hij ook niet; veeleer is zijne redenering deze. De culpa in concreto, die zooveel minder zwaar is dan de culpa lata, is niet geheel vrij van eene verwijderde kwade bedoeling (wat zeker waar is): hoeveel te meer ligt deze dus niet in de culpa lata, die den eigenlijken dolus zooveel meer nabij komt: daarom heeft NERVA teregt deze laatste met den dolus gelijk gesteld. Iets meer dan deze zeer juiste argumentatio a fortiori ligt in de geheele wet niet. Dat hij van hem, die niet de diligentia q. s. aanwendt, zegt: *fraude non caret*, is waar; maar daarom beteekent dit nog niet, dat hij eene culpa lata bedrijft, en gelijk wordt gesteld met hem, die dolo handelt. Er zijn zoovele gedragingen, die niet geheel met de goede trouw overeen te brengen zijn, zonder dat zij daarom vallen onder het begrip van dolus, of non intelligere quod omnes intell. Had men zich het begrip van dolus als wil om te

[1] Men merke hier ook op, dat deze, een der oudere juristen, niet veel jonger was dan NERVA en PROCULUS, door wie eerst de vraag der gelijkstelling van dolus en culpa lata in de scholen der Proculiani opgeworpen was: daarentegen is hij veel ouder dan PAULUS en ULPIANUS, van wie de definities in ll. 213 en 223 de V. S. zijn, en is het dus niet waarschijnlijk, dat hij bij het ontstaan der kwestie, zooveel verder zou zijn gegaan, dan zij, in wier tijd die vraag ten minste al beslist was.

schaden, goed voor oogen gesteld, en het niet verward met den een of anderen slechten zin, arge Gesinnung, men zou nooit fraus als dolus hebben opgevat, en de geheele moeijelijkheid bestond niet.

L. 22 § 3 D. ad SCt. Treb. (36.1)

Sed et si, quum distrahere deberet, non fecit, lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, hujusmodi rei rationem reddet.

Daaruit, dat *levis* omschreven wordt als: rebus suis consueta negligentia, leidt men a contrario af, dat alle culpa rebus suis non consueta, culpa lata zou zijn. Nu is echter de door JUSTINIANUS' handen gegane stijl der Romeinsche juristen niet zoo zuiver, of de altijd gevaarlijke argumentatio a contrario moet hier met dubbele omzigtigheid gebruikt worden. Immers neemt men dit aan, dan zou daaruit de volle gelijkstelling der culpa in concreto met culpa lata volgen, iets wat ook HASSE evenzeer ontkent, als het met de algemeene uitspraak der bronnen strijdig is. Deze woorden, die in elk geval op zich zelf voor eene zoo aanmerkelijke uitbreiding van het begrip van culpa lata niet voldoende zijn, beteekenen dus: de fiduciarius heres is schadevergoeding schuldig, als hij culpa lata gehandeld heeft, niet wanneer hij zich aan eene levis negligentia heeft schuldig gemaakt, zooals hem ook in zijn eigen zaken wel eens ontsnapt. Veel meer gewigt moet men aan deze woorden niet hechten, wil men niet tot gevolgtrekkingen komen, die meer bevatten, dan ook HASSE bewijzen wil.

Een laatsten, meer verwijderden grond zoekt HASSE in de omstandigheid, dat de voogd, die dil. q. s. praesteert, de actio furti niet heeft. Deze actie toch heeft hij, cujus interest rem non surripi: is de zaak dus door nalatigheid van hem, die ze onder zich heeft, gestolen, en is deze mitsdien tot schadevergoeding verbonden, dan heeft hij ook de actio furti; behalve alleen als hij dolo of culpa lata gehandeld heeft, quia nemo improbitate sua

consequitur actionem [1]. Zij dus, die alleen voor dolus en culpa lata aansprakelijk zijn, hebben ook nooit de actio furti: en vinden wij nu, dat ook de voogd, die dil. q. s. praesteert, die niet heeft, dan is hiervoor geen andere grond, dan dat het verzuim dier diligentia steeds als eene culpa lata beschouwd wordt [2]. Ook hieruit zou dan weder volgen, dat dil. q. s. en culpa lata altijd geheel gelijk zijn, daar op de beperking door den bewijslast hier geen acht gegeven wordt. Doch kan men eenen anderen grond vinden, waarom de voogd de a. furti mist, dan vervalt ook deze geheele redenering. In de voornaamste plaats, waarin dit punt besproken wordt, wordt de voogd genoemd naast den negotiorum gestor en den protutor [3]. Deze zijn niet door den wil van den eigenaar uitgenoodigd om zich met zijne zaken te bemoeijen, maar hebben zich zelve daartoe aangeboden. Hetzij zij dit nu al of niet uit belangelooze welwillendheid voor den dominus rei, die zelf niet handelen kon, gedaan hebben, zijn belang was toch hun eerste drijfveer, en het is met den aard hunner handeling in strijd, daaruit winst te zoeken en de a. furti in duplum te bekomen. Nog veel meer is dit het geval bij den voogd, die geheel in het belang van den pupil handelt, en met wiens karakter zulk een winstbejag in lijnregten tegenspraak is. Hierin, en niet in de aansprakelijkheid van den voogd voor culpa lata, ligt dus de ware reden, waarom hem de actio furti ontzegd wordt.

De andere wet is l. 53 § 3 D. de Furt. (47.2) [4]:

---

[1] L. 12 § 1 D. de Furtis (47.2).

[2] Zie Hasse, § 63.

[3] Is, cujus interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, i. e. veluti is cui res locata est. Is autem qui sua voluntate, vel etiam pro tutore negotia gerit, item tutor vel curator, ob rem sua culpa subreptam non habet furti actionem. L. 85 D. de Furtis (47.2).

[4] Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet,

waarin eveneens van den negotiorum gestor, den protutor en den tutor, die zich uit meerderen ter administratie heeft aangeboden, (en die daarom de volle diligentia diligentis praesteert) gezegd wordt, dat zij de a. furti niet hebben: maar dat hun die, als zij jegens den dominus rei veroordeeld zijn, gecedeerd wordt. Hieruit leidt HASSE af, dat bij alle andere voogden, die alleen tot diligentia q. s. verpligt zijn, zelfs die cessie vervalt: doch wederom is deze argumentatio a contrario valsch. Immers in l. 85 cit. worden de neg. gestor, de protutor en *alle* voogden en curators te dezen opzigte naast elkander gezet: er is dus geen verschil tusschen elken anderen voogd, en den voogd, van wien in l. 53 cit. sprake is, dan dat bij dezen nog eene reden te meer is, om hem de a. furti te weigeren. Geen van beide hebben proprio nomine de a. furti, omdat dit met den aard hunner betrekking in strijd is: doch heeft de pupil van hen schadevergoeding gevraagd, en is er dus geene waarschijnlijkheid, dat de actie tegen den dief veel voordeel zal opleveren, dan vervalt deze reden, en kunnen beide vorderen, dat hun de actie van hunnen pupil zal overgedragen worden.

Noch inwendige noch uitwendige gronden nopen ons dus een tweeledig kenmerk voor de culpa lata aan te nemen: en integendeel voeren de bronnen ons tot het eenvoudige resultaat, dat alleen die gevallen met den dolus gelijk worden gesteld, waarin men om de aanklagt van werkelijken dolus af te weren, zich zou moeten beroepen op eenen error improbabilis, eene nalatigheid, als waaraan niemand zich in zijn eigen zaken pleegt schuldig te maken.

---

licet culpa ejus res perierit: sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat: veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione, solus administrationem suscepit.

§ 12.

Eigenlijke culpa (culpa levis).

In de vorige paragraaf is uit het voorbeeld van de beide wetten, die den grondslag van onze leer uitmaken [1], gebleken, dat de Romeinen *twee* categoriën van contracten onderscheiden, die welke alleen dolus, en die welke ook culpa opnemen: terwijl verder uiteen gezet is, tot hoe ver de verpligting zich in de eerste categorie uitstrekt. Wij zijn thans tot de tweede genaderd, en zullen in deze en de volgende paragrafen onderzoeken, wat het beteekent, als van eenig contract gezegd wordt: „non solum dolum, sed et culpam recipit". Deze culpa wordt in tegenstelling met de culpa lata gewoonlijk door het woord *levis* aangeduid: en hoewel dit niet de gewone spreekwijze der Romeinen is, kan men deze uitdrukking wel overnemen, als men er maar niet door verleid wordt, om zich de zaak zoo voor te stellen, alsof het gebied der culpa in twee groote deelen vervalt, de c. lata en de c. levis, die als gelijksoortig tegen elkander overstaan. Integendeel moet men veeleer het gebied der toerekenbaarheid in twee zulke helften deelen, dolus en culpa, waarbij dan opgemerkt wordt, dat eene smalle strook van het gebied der tweede, maar langs den grens, en waarvan het altijd ten minste onzeker moet blijven, waartoe zij eigenlijk behoort, door de interpretatie der regtsgeleerden geheel tot den dolus getrokken is: al het overige vormt het gebied der culpa [2]. Juister schijnt het mij dus, van *dolus*, *culpa dolo proxima* en *eigenlijke culpa* te spreken.

Zooals ook reeds boven gezegd is, is men in culpa, zoodra men in het waarnemen van eens anders belangen

---

[1] L. 23 D. de R. J. (50.17); l. 5 § 2 D. Comm. (13.6), pag. 50.

[2] Vgl. vooral Mommsen, a. w. S. 358.

niet dien ijver en zorgvuldigheid heeft betoond, welke men moest betoonen, en lost de vraag naar de praestatio culpae zich dus op in deze: welk eene mate van zorgvuldigheid moet men in eenig gegeven geval voor de belangen van den medecontrahent aanwenden? [1] Het antwoord op die vraag is zeer eenvoudig.

Daar de beide partijen elkander niet persoonlijk kenden, of ten minste niet behoefden te kennen, kan de een van den ander niet anders verwacht hebben, dan dat hij een geschikt en ijverig mensch zou zijn; zoo hij er dus in toegestemd heeft, om zijne zaak in de hoede van eenen vreemde te laten, of een vreemde zijne belangen te laten waarnemen, dan is dit alleen in dezelfde veronderstelling geschied, dat deze een eerlijk, verstandig en ijverig mensch was, die goed daarvoor zorgen zou. Had hij kunnen veronderstellen, dat deze nalatig en onbehoorlijk met zijn goed zou handelen, hij had hem zulk een vertrouwen niet betoond.

Van den anderen kant mag ook de ander, die evenmin zijnen medecontrahent behoeft gekend te hebben, en in den regel ook werkelijk niet kent, van dezen niet anders veronderstellen, dan dat hij evenzeer ijverig, knap en geschikt in zijn eigene zaken is: zoo hij dus vrijwillig op zich genomen heeft, om in zijne plaats te treden, en voor hem eenig goed te bewaren, of eenige zaak uit te voeren, zoo kan hij daarmede niet anders bedoeld hebben, dan daarbij ten minste niet minder naauwgezet te werk te gaan, dan hij moet veronderstellen, dat de dominus rei zelf zou gedaan hebben: ook zijn voornemen moet dus geweest zijn, zich ijverig en getrouw te gedragen.

Ofschoon partijen derhalve bij het aangaan der overeenkomst gezwegen hebben over de mate van zorgvuldigheid, die zij zouden gebruiken, kan de regter, die

[1] Vgl. boven § 10, p. 43.

geroepen wordt, ex bono et aequo hunne waarschijnlijke bedoeling te onderzoeken, niet anders veronderstellen, of A. heeft van B. verwacht, en B. zich stilzwijgend jegens A. verbonden, om zich in het waarnemen van zijne belangen ijverig en geschikt te gedragen, m. a. w. die zorgvuldigheid aan te wenden, welke een ordelijk en oplettend mensch (diligens paterfamilias), als waarvoor beide elkander noodwendig moeten houden, gewoon is in zijne eigene zaken te betoonen.

Hierin ligt dan ook niets vreemds: de diligens paterfamilias is niet een of ander algemeen voorbeeld, die alle zaken reeds gedaan en in alle omstandigheden verkeerd heeft, en wien wij nu slechts hebben af te zien, hoe hij zich in ons geval gedragen heeft, om veilig te wezen [1]: veel minder staat daar tegenover een bijzonder slecht mensch als verpersoonlijking van den dolus, van wien wij slechts hebben af te zien, hoe hij niet handelt, om eveneens gerust te zijn [2]; tot zulke dwaasheden is, voor zoover mij bewust is, nog niet één jurist vervallen, en de melding, die de Romeinsche regtsbronnen van den diligens paterfamilias maken, (want hoe SCHAAF dit kan ontkennen, is mij een raadsel) behoeft daartoe in geenen deele te leiden. De vraag is alleen deze, hoe een ijverig en bekwaam mensch in dit geval en onder die omstandigheden zou gehandeld hebben; en

---

[1] SCHAAF, a. w. S. 26. Zijne voornaamste fout is, dat hij niet scherp genoeg onderscheidt tusschen den ijver, dien men heeft aan te wenden, en de uitwendige gedragingen, waarin zich die openbaart. De eerste kan men den dil. pf. afzien, de laatste niet. Door de laatste alleen op den voorgrond te brengen, verandert hij de zaak aan den eenen kant niet, omdat van de mate van onzen ijver altijd moet blijken door zulke »Leistungen": maar vernielt hij aan den anderen kant alle vaste grondslagen, door het begrip te verwarren met de uitwendige verschijnselen, daar alleen het eerste te meten en te bepalen is, de laatste in ieder geval verschillen.

[2] Ibid. S. 75.

in den regel zal die vraag voor den regter, die onpartijdig boven de beide strijdende partijen staat, niet zoo heel moeijelijk uit te maken zijn: zonder dat er sprake is of kan zijn van het voorstellen van zulk een algemeen voorbeeld, bij wien de schuldenaar vooruit zou kunnen „afzien," hoe hij in deze en die omstandigheden te handelen had. Eene verpersoonlijking van den dolus, die in begrip en beginselen zoo geheel van de culpa verschilt, wordt door niets in onze voorstelling uitgelokt, en zou integendeel een voorbeeld zijn van de meest volkomene verwarring van twee onderscheiden begrippen (dolus en culpa): de argumentatio ex absurdo, die SCHAAF daarop bouwen wil, heeft dus hoegenaamd geen gewigt.

Dat integendeel de Romeinsche regtsgeleerden dezelfde redenering gebruikten, als wij zoo even deden, blijkt uit de talrijke plaatsen, waar zij ter beantwoording van de vraag, welke diligentia iemand te betoonen heeft, altijd in de eerste plaats vragen, hoe een diligens paterfamilias zich in die omstandigheden zou gedragen hebben.

L. 11 D. de Per. et C. (18.6)

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit; quamobrem, si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi ac diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

L. 14 D. de Pign. A. (13.7)

Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

L. 10 D. de Adm. et P. Tut. (26.7)

Generaliter quotiescunque non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi: sive igitur solutionem, sive judicium, sive stipulationem detrectat, defendi non videtur.

§ 5. I. de Loc. Cond. (3.24)

Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti mercedem aut dedit, aut promisit; ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet.

Vgl. l. 65 pr. D. de Usufr. (7.1), l. 25 § 16 D. Fam. Erc. (10.2), l. 35 § 4 D. de Contr. Emt. (18.1), l. 54 pr. D. de A. E. V. (19.1), l. 25 pr. D. de Prob. (22.3).

Men zou de lijst dezer voorbeelden nog kunnen vermeerderen: doch de aangehaalde zijn voldoende om aan te toonen, dat de Romeinen de beantwoording van de vraag naar de praestatio culpae altijd in de eerste plaats afhankelijk stellen van de oplettendheid van eenen diligens paterfamilias in zijne eigene zaken. Meer dan deze kan en mag men van niemand verwachten; zij vormt de *omnis diligentia* [1], die alles omvat, wat gevorderd kan worden, en die aan den casus grenst; want, terwijl nimmer eene regtshandeling iemand tot buitengewone krachtsinspanning of tot buitengewone talenten kan verpligten, niemand tot eenen Euclio of eenen Caesar maken kan, is het niet meer dan de pligt van een ieder, zich ordelijk en vlijtig te gedragen [2]. In de meest verschillende contracten (zooals uit de aangehaalde plaatsen blijkt), ja zelfs buiten de contracten [3] wordt op haar gewezen als bevattende al wat men met grond van elkeen verlangen kan. Zij is eindelijk de *diligentia κατ' ἐξοχήν*, en zoo dikwijls in eenig contract de uitdrukking *diligentiam praestare* zonder meer gebruikt wordt [4], is zij het alleen, die daardoor verstaan moet worden. Teregt dus wordt sedert Hasse voor alle contracten, die „non solum dolum sed et culpam recipiunt," op de diligentia dili-

[1] L. 38 pr. D. de Damno inf. (39.2).

[2] Vgl. Hasse, § 24, 26.

[3] L. 31 D. ad l. Aq. (9.2): Culpa est quod, cum a diligente provideri poterit, non erat provisum.

[4] L. 63 pr. D. de Contr. E. (18.1), l. 2 § 1, l. 3 D. de Per. et C. (18.6), l. 36 D. de A. E. V. (19.1).

gentis patrisfamilias gewezen als den maatstaf, waarnaar de verpligting van den schuldenaar in ieder geval moet beoordeeld worden.

Onder al deze wetten zijn er echter eenige, waarin niet van eenen diligens, maar van eenen diligentissimus paterfamilias sprake is, en de vraag zou dus kunnen oprijzen: is deze dan niet zulk een Euclio of Caesar, als waarvan wij gesproken hebben, en ligt hierin niet een derde graad, de zoogenaamde culpa levissima, die even als de culpa lata beantwoordt aan de diligentia omnium, en de culpa levis aan de diligentia diligentis, evenzoo tegenover staat aan de diligentia diligentissimi?

Wanneer ik deze vraag, waarmede de geheele theorie der twee graden staat of valt, grondig behandelen, en alle argumenten voor en tegen op nieuw aan een naauwkeurig onderzoek onderwerpen wilde, dan zou ik mij op een uitgebreid gebied wagen, en wel, naar ik meen, zonder eenige noodzakelijkheid. Na von Löhr toch is er, zooals in de Inleiding gebleken is, niemand meer opgestaan om den handschoen voor de thans zoo goed als vergeten theorie der drie graden op te nemen, en het zou dus tot niets meer dienen, op nieuw uitvoerig te bewijzen, hoe dikwijls die superlativen voorkomen bij contracten, die ook volgens hare verdedigers alleen culpa levis opnemen (zooals in § 5 I. cit. bij de locatio conductio, en in l. 38 pr. D. de D. inf., l. 36 D. de A. E. V. citt. bij de emtio venditio), of omgekeerd van den diligens paterfamilias gesproken wordt in gevallen, die volgens hen tot culpa levissima verpligten (zooals in l. 31 D. ad l. A. cit. van de lex Aquilia). Ik heb deze, en vooral het innerlijke argument, dat niemand tot zulke buitengewone praestaties gehouden kan zijn, die de krachten van een overigens oplettend mensch te boven gaan, in de Inleiding § 2 vermeld; ze nader uit te werken, schijnt thans overbodig [1].

[1] Men zie hierover Donellus, l. c. n. 15—18; v. Löhr en Hasse,

Maar is dan alles gezegd met die woorden: de contrahent heeft zich te gedragen, zooals een ijverig huisvader zich in zijn eigen zaken gewoon is te gedragen? Levert dit een vast begrensd begrip op, zoodat men met dit antwoord tevreden kan zijn?

Reeds Hasse [1] heeft er op gewezen, dat dit niet zoo is, maar vooral de jongste schrijvers over onze leer, Mommsen en Schaaf (die daaruit wederom een bewijs tegen den dil. pf. put) zijn het, die aangetoond hebben, dat na dit eerste beginsel, en niettegenstaande dit steeds den grondslag uitmaakt, allerlei omstandigheden op deze diligentia invloed uitoefenen, en van den schuldenaar nu eens meer, dan eens minder oplettendheid vorderen. Daarin liggen dan geen verschillende graden van culpa: verre van daar, deze is steeds eenerlei, en men is in culpa, zoodra men de diligentia, die men moet aanwenden, niet aangewend heeft, men is geheel onschuldig, zoodra men die wel heeft betoond; maar behoudens deze opmerking kan de mate van zorgvuldigheid zeer verschillend zijn. Wij willen deze bewering met eenige voorbeelden uit de Romeinsche regtsgeleerden ophelderen.

Gedeeltelijk ligt het reeds in den aard van den regel, die den grondslag van deze geheele leer uitmaakt, een minder scherp begrensd begrip te vormen: immers wel verre van in alle gevallen even veel zorgvuldigheid en oplettendheid aan te wenden, zal ieder diligens paterfamilias in het eene geval wel degelijk veel meer voorzorgen nemen dan in het andere. Als hij b. v. een slaaf moet verzenden, en hij weet dat de weg veilig is, zal hij geene zwarigheid maken, hem alleen en ongewapend te laten vertrekken; verneemt hij integendeel, dat de weg onveilig is, hij zal hem ruim van verdedigingsmiddelen voorzien, en wachten, tot zich een voldoend

---

a. w. w. passim; Mühlenbr. II, § 354; Untherh. a. w. I, n. 135; v. Vangerow, Pand. § 107.

[1] Hasse, a. w. § 25, 66.

reisgezelschap opdoet, om den weg zonder gevaar te zamen te gaan; of anders zal hij den slaaf bij zich houden. Evenzoo moet ook de schuldenaar op deze omstandigheden letten [1]. Als een voorzigtig mensch glas of ligt breekbare kunstwerken verzendt, dan zal hij vele voorzorgen nemen, welke hij kan achterwege laten, als hij een transport balken of ander hout te zenden heeft [2]. Op zulke omstandigheden zal dus elk diligens pf. van zelf het oog vestigen.

Maar er zijn andere gevallen (en op deze vooral moet men letten), waarin datgene, wat overal als ééne en dezelfde diligentia diligentis aangeduid wordt, door verschillende omstandigheden zoo beheerscht wordt, dat wat in het eene geval wordt geoordeeld, daaronder te behooren, in het andere als onnoodig aangemerkt wordt. Wanneer men b. v. eenen slaaf, die gewoon was, eenig gevaarlijk werk te doen, verkocht heeft, mag de verkooper hem daartoe in het vervolg, zoo lang de kooper hem nog niet ontvangen heeft, niet meer gebruiken: heeft men daarentegen zulk eenen slaaf ter leen ontvangen, dan mag men dit wel doen, en wordt een ongeluk, dat hij onder het werken ontvangt, als casus beschouwd [3]. Het karakter der teleengeving, waarbij de gever wist, dat de commodataris hem juist noodig had, om dat werk te doen, waartoe die slaaf geschikt was, maakt dus, dat hoewel beide dezelfde diligentia diligentis praesteren, den verkooper iets toegerekend wordt, wat bij den commodataris geöorloofd is.

De pandhouder is verpligt den slaaf, dien hij als pand ontvangt, verder te doen onderwijzen in de vakken, waarin de eigenaar reeds begonnen was, hem onderrigt te doen geven: de verkooper daarentegen heeft in hetzelfde ge-

---

[1] L. 36 D. de R. V. (6.1).

[2] L. 25 § 7 D. Loc. (19.2); ben. pag. 79.

[3] L. 5 § 7 D. Comm. (13.6), l. 54 D. de A. E. V. (19.1).

val, als hij eens den slaaf verkocht heeft, de verpligting niet, met die lessen voort te gaan, zoolang de kooper den slaaf in zijne bewaring laat. [1] Ook hier ligt in het karakter der beide overeenkomsten zelve onmiskenbaar, om den pandhouder eene verpligting op te leggen, die de verkooper niet heeft, daar hij niet weet, welke voornemens de kooper met dien slaaf heeft.

De verkooper van wijn staat niet voor het gevaar van zuur worden in [2]; een lasthebber, die wijn van zijn mandans onder zijne hoede had, zou hier wel aansprakelijk zijn, gelijk ook de pligt van een diligens paterfamilias medebrengt, in zijn eigen zaken te zorgen, dat zijn wijn niet zuur worde; doch daar de pligt van den kooper gevorderd had, dat hij zich den wijn spoedig had doen afleveren, [3] en hij den verkooper niet voor altijd met zulk een last bezwaren mag, heeft men billijk geoordeeld den verkooper van zulke verpligtingen te ontslaan.

Wanneer een borg tot betaling aangesproken wordt, zou de diligentia diligentis pf. op zich zelve vorderen, dat hij elk middel gebruiken zou, om zich, en mitsdien den hoofdschuldenaar, te bevrijden. Doch men maakt hierbij eene uitzondering voor minder eervolle exceptiën: dezulke behoeft hij ex persona sua in het geheel niet op te werpen, en ex persona debitoris moet hij dezen eerst raadplegen, of hij hem het gebruiken zulk eener exceptie wel toestaat [4]. Hij heeft dus de actio mandati ter terugbetaling tegen den hoofdschuldenaar, ofschoon hij, diligent handelende, de actie van den schuldeischer had kunnen afweren: de honestas wijzigt hier evenwel de diligentia.

In het algemeen genomen is niemand genoodzaakt, zieke

[1] L. 25 D. de Pign. A. (13.7), l. 13 § 22 D. de A. E. V. (19.1).
[2] L. 4 § 1, 2 D. de Per. et C. (18.6).
[3] Vgl. l. 1 § 3, l. 4 § 2 D. ibid.
[4] L. 10 § 12 D. Mand. (17.1).

slaven te genezen: het behoort niet tot de verpligtingen van iederen diligens paterfamilias, ook de geneeskunde uit te oefenen, en men kan dus in den regel volstaan met die algemeene maatregelen, welke een goed huisvader nemen zal. Doch als een geneesheer aanneemt eenen zieken slaaf te genezen, is hij niet meer alleen voor nalatigheid, maar ook voor onbekwaamheid aansprakelijk [1]. En waarom? Een diligens pf. zal zich niet voor geneesheer uitgeven, als hij de bekwaamheden daartoe mist: treedt dus iemand als zoodanig op, dan kan men van hem meer dan van een ander verlangen; daar hij zich vrijwillig heeft aangeboden tot zulke diensten, die meer kennis vereischen, dan de meeste menschen bezitten.

In het algemeen genomen is niemand, zelfs de commodataris niet, voor van buiten komend geweld aansprakelijk: behalve de pachter van een landgoed, en dan nog wel alleen als het door een zijner vijanden veroorzaakt is [2]. De reden hiervan schijnt men daarin te moeten zoeken, dat te dier tijde de landbouwers, minder beschaafd, door hunne onderlinge twisten de goederen der grondbezitters in gevaar bragten, en men dus zulk een aanval van een hunner vijanden als indirect door hunne twistgierigheid uitgelokt meende te kunnen beschouwen. In allen gevalle wordt hunne aansprakelijkheid hier uitgestrekt tot iets, wat men gewoonlijk aanmerkt als niet door een dil. pf. te voorkomen.

Maar ook de persoon zelf van den schuldenaar kan op zijne verpligting invloed uitoefenen. Een student had van eenen voerman een paard gehuurd, rijdt daarmede naar zeker logement, en geeft het daar gekomen aan den stalknecht ter verzorging over. Als deze door nalatigheid het paard benadeelt, is dan de student, die als huur-

---

[1] L. 9 § 5 D. Loc. (19.2), l. 132 D. de R. J. (50.17).

[2] L. 18 pr. D. Comm. (13.6), l. 25 § 4 D. Loc, (19.2).

der voor diligentia diligentis instaat, hiervoor aansprakelijk? MOMMSEN beantwoordt deze vraag ontkennend, omdat de verhuurder, den stand van zijnen huurder kennende, niet anders heeft kunnen verwachten, of deze zou, ter bestemder plaatse aangekomen, de verdere zorg voor het paard aan den stalknecht overlaten, en hoogstens eens zien, of deze hieraan wel voldeed. Had hij het paard daarentegen aan een anderen voerman verhuurd, dan had hij met regt kunnen verlangen, dat deze zelf voor het paard zorgen zou: zoodat, ofschoon beide in het algemeen genomen voor dezelfde diligentia aansprakelijk zijn, toch de laatste, op grond van zijne betrekking in de maatschappij, meer zorg zal dienen aan te wenden [1].

Tallooze omstandigheden oefenen dus op de diligentia invloed uit, en leggen den schuldenaar nu eens meer, dan weder minder verpligtingen op: hoewel altijd de eerste vraag blijft, hoe een diligens paterfamilias gehandeld zou hebben, en ook de culpa, die uit het niet aanwenden der diligentia volgt, steeds van denzelfden aard is. Maar verliest de regel daardoor niet alle belang? Immers waar zoovele omstandigheden de diligentia wijzigen kunnen, dient het tot niets te weten, dat men in eenig contract zich als een goed huisvader te gedragen hebbe. Men moet dus zulk een antwoord, dat tot niets dient, achterwege laten.

Dit is een hoofdargument van SCHAAF [2], doch dat m. i. onwaar is. Geheel deze leer is, zooals wij boven zagen, afhankelijk van de goede trouw en den veronderstelden wil der partijen; en bij het zwijgen, zoowel der wet, die niet alle verpligtingen, welke uit eenig contract ontspruiten, optellen kan, als der partijen, die hier-

---

[1] Zie MOMMSEN's beslissing over dit ware voorval, a. w. S. 372.

[2] Vgl. a. w. S. 136—143.

omtrent geen bijzondere voorschriften hebben willen maken, komt de vraag, of men ex fide bona alles verrigt heeft, wat men moest, geheel op het arbitrium judicis aan. Opdat deze regter dan bij de beantwoording dier vraag ten minste eenigen leiddraad zou kunnen volgen, stelt men op den voorgrond, dat de gedaagde had moeten handelen, zooals een goed huisvader in zijne zaken pleegt te doen; maar hiermede een vasten, alle verdere vragen afsnijdenden regel te geven, lag niet in de bedoeling der Romeinsche juristen, en kon ook hunne bedoeling niet zijn in eene leer, die zooals de onze, alleen op de b. f. obligationes betrekking heeft. Het strictum jus mogt voor alle verpligtingen vaste omschrijvingen verlangen; de bona fides bragt van zelve mede, dat op alle omstandigheden, die invloed op de praestatio culpae uitoefenen konden, ook acht geslagen werd. Had men daarop niet gelet, en zich integendeel de diligentia diligentis patrisfamilias als een afgesloten begrip voorgesteld, de zaak zou welligt voor den regter gemakkelijker, en het systeem voor den theorist scherper en consequenter zijn, doch de bona fides zou hiermede weinig gediend wezen. Zij, die niet tot een bepaald dare of facere verpligtte, maar wier karakter het juist was, door den regter als *vir bonus* te doen uitmaken, wat beide partijen volgens de regelen der goede trouw jegens elkander hadden moeten doen, zij moest een zoo scherp afgerond begrip, als de diligentia diligentis patrisfamilias op zich zelf zou aangeboden hebben, als met haar karakter strijdig, ten eenen male verwerpen, en integendeel aan den invloed der omstandigheden overal een ruim veld aanbieden. Van daar dat de vele voorbeelden, die wij aangehaald hebben, den regel niet omverwerpen, maar versterken; zoodat de diligentia diligentis patrisfamilias, waarop altijd in de eerste plaats gewezen wordt, minder beschouwd wordt als *regtsregel*, die den regter moet binden, dan wel als *leiddraad*, om hem in

het onzekere gebied der goede trouw op den regten weg te leiden.

Wil men voor deze arbitrale magt van den regter nog een bewijs, behalve het indirecte, dat in de aangehaalde voorbeelden gelegen is, zoo kan men hier nog de boven reeds aangehaalde l. 54 § 2 D. de A. R. D. (41.1) [1] vergelijken:

Damnum dando damni injuriae tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem, nec tam levem quam ab extraneo.

Deze laatste woorden dragen den regter de magt op, om bij den vreemde eerder tot het aannemen eener culpa over te gaan, dan bij den bona fide serviens: en ofschoon dus beide tot dezelfde soort van diligentia verpligt zijn, en de culpa bij beide van denzelfden graad is, is de omstandigheid, dat de laatste zich niet vrijwillig maar gedwongen met die zaken had ingelaten, voldoende om de aansprakelijkheid ten zijnen opzigte te beperken. Zoo iets zou zonder een ruim arbitrium judicis onmogelijk wezen.

Nog ééne opmerking. Zou zulk een geval, waarin de diligentia dil. pf. om de eene of andere reden strenger opgevat wordt, niet dikwijls de oplossing kunnen geven van vele dier plaatsen, waar (zoo als wij zoo even zagen) van eenen *diligentissimus* pf. gesproken wordt?

Het is thans voldoende aangetoond, dat daarmede geen andere maatstaf voor de diligentia wordt aangeduid: maar toch is het altijd onverklaarbaar, dat een schrijver zoo zonder eenige aanleiding den superlativus gebruikt zou hebben, waar de positivus de gewone spreekwijze was. Al ligt dan de reden daarvan niet daarin, dat hij hier aan een afzonderlijken graad van culpa heeft gedacht (zooals men oudtijds meende), eenige aanleiding moet er toch wel geweest zijn. Somtijds ligt die voor de hand: b. v. in

---

[1] Zie boven pag. 57.

§ 9 I. de Soc. (3.25): l. 72 D. pro Soc. (17.2)

Praevaluit etiam culpae nomine teneri (socium). Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet.

De tegenstelling met de beperktere dil. q. s. levert hier voldoenden grond op, om de diligentia diligentis aan te wijzen als het *uiterste* van gevorderde zorgvuldigheid. Eveneens in:

L. 1 § 4 D. de O. et A. (44.7)

Is vero, qui utendum accepit, ... exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit.

Ook hier, en op vele andere plaatsen, levert diezelfde tegenstelling voldoenden grond op, om de gewone zorg van een goed huisvader als het uiterste, dat gevorderd kan worden, door een superlativus uit te drukken. Maar waar zulk eene tegenstelling ontbreekt, en vooral wanneer de jurist in eenig concreet geval beslist, welk eene mate van zorgvuldigheid *hier* moet aangewend worden, zou daar niet dikwijls het denkbeeld, dat de omstandigheden hier meerder gestrengheid vorderen, onwillekeurig aanleiding gegeven hebben tot het gebruik van den superlativus? Zulk een geval vinden wij in:

L. 25 § 7 D. Loc. (19.2)

Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit.

Hier is geene tegenstelling om het gebruik van den superlativus te regtvaardigen; en daarom geloof ik, dat de grond hiervan alleen te zoeken is in het geval zelf,

dat hier behandeld wordt, voor zoover het ligt breekbare voorwerp, dat vervoerd moest worden, en dat GAJUS dus bij het schrijven in de eerste plaats voor den geest stond, hem aanleiding gaf, om hier de meest mogelijke eplettendheid te vorderen. Hiermede strijden de volgende woorden niet, omdat het inderdaad dezelfde diligentia is, die in beide gevallen gevorderd wordt; maar wanneer het omgekeerd dat hout was, waarvan in de eerste plaats was gesproken, zal ieders gevoel m. i. erkennen, dat GAJUS daarbij ongetwijfeld eene minder sterke uitdrukking zou gekozen hebben.

L. 18 pr. D. Comm. (13.6)

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit.

Ook hier was niets aanwezig, wat tot eene tegenstelling met de diligentia q. s. of eenige andere beperkter praestatie aanleiding gaf, en toch gelooven wij, dat de schrijver dezer plaats ook hier niet zoo geheel doelloos den superlativus (in verband met de strenge kleur, die deze geheele wet draagt) gebruikt heeft. Wat hier echter m. i. de grond daarvan was, zal eerst in de volgende paragraaf duidelijk kunnen worden, wanneer wij op deze plaats nader zullen terug komen.

Op zulk eene wijze zou men dan ongezocht eene spreekwijze kunnen verklaren, die anders minstens genomen altijd vreemd zal blijven [1].

[1] Men beschouwe dit niet anders dan als eene poging ter verklaring van eenige wetten, die echter hoegenaamd niet met mijne ontwikkeling in een noodwendig verband staat. Eene andere uitlegging kan men daarin vinden, dat de meeste (zoo niet alle) wetten, waarin de superlativus voorkomt, van GAJUS' hand zijn; men zou daarin dus eene eigenaardige schrijfwijze van dezen jurist kunnen zien. Bij den zeer verminkten staat echter, waarin de werken zoowel van dezen, als van andere Romeinsche regtsgeleerden tot ons gekomen zijn, is zulk eene

§ 13.

Culpa et diligentia.

Zooals uit de voorgaande uiteenzetting gebleken is, kan men derhalve de woorden *culpa* en *diligentia* als synonymen beschouwen: men is in culpa, zoodra men niet die diligentia betoond heeft, welke men moest aanwenden, d. i. de diligentia diligentis patrisfamilias. Wat beteekent het dan, zoo men op enkele plaatsen deze woorden naast elkander vindt gezet, alsof zij zoo gezamenlijk iets meer uitdrukten, dan of *culpa* of *diligentia* alleen op zich zelve zouden doen? Is *culpa et diligentia* inderdaad iets meer dan culpa levis, en moet men daarin de culpa levissima der ouden zoeken; of krijgt *culpa* in die zamenvoeging eene beperktere beteekenis, zoodat alsdan *culpa* en *diligentia* te zamen hetzelfde uitdrukken, wat anders elk dezer woorden alleen beteekent, zooals de nieuweren meestal willen?

Door het eerste aan te nemen werpt men wederom de theorie der twee graden geheel omver, en wij hebben te voren te veel gronden voor deze opgeteld (en daaronder juist de twee voornaamste wetten, waarin ook deze uitdrukking voorkomt), dan dat wij aan zoo iets thans nog denken kunnen: maar ook de andere uitweg moet iederen onbevangen beoordeelaar onaannemelijk voorkomen. Wat noodzakelijkheid toch zou er geweest zijn, om iets, wat

---

opvatting altijd hoogst onzeker. De in den tekst aangegevene komt mij de waarschijnlijkste voor; maar al wil men de gewone meening, dat de Romeinen den positivus en den superlativus onverschillig door elkander gebruikten, behouden (vgl. DONELLUS, Comm. XVI, 7, n. 17; HASSE in de voorrede tot zijn werk, vg. § 41; UNTERHOLZNER, a. w. n. 135. IV; MÜHLENBRUCH, § 315; PUCHTA, Vorles. II, S. 90 enz.), dan nog is daarmede niet te kort gedaan aan de arbitrale magt van den regter en den grooten invloed der omstandigheden op de mate der diligentia, welke op geheel andere bewijzen rusten.

even goed, zoo niet beter, in den regel door het enkele woord *culpa* wordt aangeduid, hier als *culpa et diligentia* te omschrijven, en dan wederom aan de culpa op zich zelf over te stellen? Dit ware eene breedsprakigheid, die nergens toe kon dienen, dan om het woord *culpa*, waar het alleen staat, eene onzekere beteekenis te geven. Of wat is het, dat in de zamenstelling door elk woord aangeduid wordt? Hasse [1] ziet bij deze spreekwijze in *culpa* de diligentia q. s., en in *diligentia* het verdere tot de volle diligentia diligentis: maar niet een enkele maal wordt *culpa* zonder meer in zulk eene beteekenis gebruikt, integendeel wordt de diligentia dil. pf. steeds als regel beschouwd, en door het enkele woord *culpa* aangewezen, de diligentia q. s. als eene uitzondering, die nader omschreven moet worden. Ook is het vrij, willekeurig, juist aan *culpa* en niet aan *diligentia* zulk eene beperktere beteekenis te geven, daar integendeel de Romeinen altijd van *diligentia q. s.* spreken, maar de uitdrukking *culpa in concreto* voor die praestatie geheel nieuw is. Niet één lezer zou dus het woord *culpa* zonder meer voor diligentia q. s. hebben aangezien, en de bijvoeging van het woord *diligentia* is dan geheel overbodig.

Of is *culpa* de Aquilische schade, *diligentia* de overige? Niet één bonae fidei contract vergenoegt zich met de Aquilische culpa; niemand zal dus, als er alleen staat „dolum et culpam recipit", dit opvatten als „dolus en culpa Aquiliana": maar ware hier vrees voor (om de tegenstelling der stricti juris obligationes b. v.), dan moest men zulk eene naauwkeurige uitdrukking overal gebruiken, daar alsdan bij alle contracten hetzelfde gevaar bestond.

Hetzelfde argument geldt tegen hen, die in *culpa* culpa in faciendo, in *diligentia* culpa in non faciendo zien [2].

---

[1] Vgl. a. w. § 64, 65.

[2] Donellus, Comm. XVI, 7, n. 14; v. Löhr, a. w. w. passim; Schaaf, a. w. S. 152—164.

Neemt men ook al aan, dat de Romeinen die onderscheiding kenden (wat wij meenen met regt te ontkennen), dan nog nemen alle contracten zoowel culpa als diligentia in dien zin op, en het ware dus zeer onjuist, alleen bij een paar contracten op te merken: „non solum dolum et culpam, sed etiam diligentiam recipit".

Aan den eenen kant moet de bijvoeging dus toch iets beteekenen, wil men de Romeinsche juristen niet als schuldig beschouwen aan de meest onverklaarbare verwarring van uitdrukkingen: aan de andere zijde kan men de beteekenis van *culpa* niet willekeurig beperken tot iets (wat dan ook), wat dat woord op zich zelf staande nimmer beteekent, daar het integendeel altijd gebruikt wordt om de volle *diligentia diligentis patrisfamilias* te kennen te geven.

Alvorens echter verder te gaan, moet ik hier eerst kortelijk de plaatsen bespreken, waarin de beide woorden in die verbinding voorkomen. Zij zijn slechts drie in getal [1]; de eerste is

L. 23 D. de R. J. (50.17)

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam: dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta (in his quidem et diligentia), societas et rerum communio et dolum et culpam recipit.

Tot nog toe is het m. i. niet gelukt, deze plaats (de eenige, die ex professo de leer der culpa behandelt) met de theorie der twee graden in ongedwongen overeenstemming te brengen, of er eene voldoende verklaring van te geven. Als beginsel wordt hier de onderscheiding in *twee* categoriën vastgesteld, en als zoodanig hebben wij

[1] L. 5 § 15 D. Comm. (13.6) kan men hiertoe niet rekenen: over de verklaring van deze plaats vgl. m. ben. p. 100.

de eerste woorden ook als een der hoofdargumenten voor deze verdeeling boven (pag. 50) aangehaald; terwijl vervolgens van beide categoriën eenige voorbeelden worden opgegeven. In de tweede categorie worden dan bij een enkel contract (de negotiorum gestio) de woorden gevoegd: „*in his quidem et diligentia*" sc. venit of exigitur; ofschoon zij volgens de meeste uitleggers op alle of op de meeste daar genoemde contracten van toepassing zijn. HASSE [1] verklaart dit daardoor, dat de schrijver eerst eene reeks van voorbeelden voor de tweede categorie aanhaalt, die de volle diligentia diligentis (culpa et diligentia in zijn zin) vorderen, en dan na *item* eenige, die zich met diligentia q. s. tevreden stellen. Onder deze was dan de negotiorum gestio bij ongeluk gekomen, en in plaats van de geheele plaats over te schrijven en zulk eene fout te herstellen (zooals men van den minsten schrijver zou verwachten), vergenoegde ULPIANUS zich met daar achter de bijvoeging te plaatsen, dat dit contract ook *diligentia* opnam, en dus eigenlijk onder de eerste reeks vóór *item* behoord had. Voorwaar, eene lata negligentia van den jurist! Van diegene, die culpa en diligentia opnemen, wordt niets anders gezegd, dan „dolum et culpam recipiunt"; van diegene, die zoover niet gaan, wordt wederom met geheel dezelfde woorden gezegd: „item et dolum et culpam recipit"; en als hij dan wil aanwijzen, dat eenig contract bij de eerste, niet-bij de tweede reeks behoort, drukt hij dit uit met de woorden: „in his quidem et diligentia", hoewel noch in die eerste reeks noch ergens elders van diligentia wordt gesproken. Geen eenvoudig lezer zou dit begrijpen.

Het is dan ook niet te verwonderen, dat men, er aan wanhopende, zijn systeem naar deze plaats in te rigten, er zich liever met allen ijver op toegelegd heeft, om door conjecturen deze plaats, ieder naar zijn eigen systeem,

[1] HASSE, Culpa, § 65; Zeitschr. f. g. Rechtsw. S. 208 fgg.

te wijzigen. De lezing der Mss. is, zooals boven afgedrukt is [1], of wel zij lezen voor diligentia *diligentiam* [2], waarbij men dan „praestamus" of „exigimus" te verstaan heeft, maar wat geheel dezelfde beteekenis oplevert. De conjecturen zijn vele. Eene der oudste en meest verbreide is de door DONELLUS verdedigde lezing: *in his quidam et diligentiam*, zoodat *his* niet op *negotia gesta*, maar op alle bovengenoemde contracten slaat, en met *quidam* die worden aangeduid, welke de volle diligentia diligentis opnemen. Deze lezing stemt wel niet volkomen met zijne opvatting van culpa en diligentia overeen, maar zou velen van HASSE's volgers wenschelijk kunnen voorkomen [3], als men maar over de zwarigheid kon heenstappen, dat dan zes contracten op de acht door het woordje *quidam* worden aangeduid. VON LÖHR [4] leest: „in his *quaedam* et diligentiam," zoodat de tusschenzin alleen slaat op die negotia gesta, welke diligentia diligentis opnemen, in tegenstelling van die, welke zich met culpa lata tevreden stellen [5]; doch ook dit strijdt tegen

---

[1] Volgens HASSE vindt men deze lezing in Rom. 1476, Norimb. 1483, Bas. 1541, Par. 1548, en in de Cdd., gevolgd door RAEVARDUS (Comm. ad tit. P. de R. J., 1563) en BOCERUS (Comm. in L. 23 D. de R. J., 1587).

[2] Zoo doet de Codex Flor., en de Codd. Regiom. en Hafn. Ook de volgende edities: de Tortis 1491, 1495, Ven. 1499, 1502, Lugd. 1513, 1515, Par. 1510, enz.

[3] Inderdaad heeft THIBAUT in zijne recensie van HASSE's werk (Heidelb. Jahrb. 1815) hem aangeraden, liever deze lezing te verkiezen, daar zij geheel met zijne theorie overeenstemt. *Quidam* slaat dan op het mandatum, commodatum, venditum, pign. acceptum, locatum en de neg. gestio, in tegenstelling van de dos en tutela. Op den in den tekst aangegeven grond heeft H. echter zijne oude lezing gehandhaafd in het Zeitschr. f. g. R., l. c., S. 210 fgg.

[4] Nl. in zijne beide vroegere werken: in het Mag. Bd. IV, S. 519 neemt hij deze conjectuur terug, doch meent dat men ook met de lezing *quidem* dezelfde verklaring behouden moet.

[5] Vgl. l. 3 § 9 D. de Neg. Gest. (3.5).

den geheelen loop der redenering. De tegenstelling is hier niet met die contracten, welke zich met dolus vergenoegen, maar met die, welke volle culpa levis opnemen, en had ULPIANUS dat willen zeggen, wat v. LÖHR hem in den mond legt, dan had hij moeten schrijven: „in his quaedam dolum tantum", d. i. „onder die negotia gesta zijn echter enkele, die alleen tot dolus verpligten:" hierdoor alleen vielen de overige onder den regel der culpa levis terug. De in HASSE's systeem meest consequente, maar ook meest stoute verandering is, met HUSCHKE [1] de woorden *negotia... diligentia* te verplaatsen, en te lezen: „dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, negotia gesta, (in his [*sc. omnibus contractibus*] quidem et diligentia): item dotis datio, tutelae, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit." Doch behalve dat zulk een radicaal geneesmiddel niet dan in de uiterste noodzakelijkheid aan te nemen is, geeft ook deze lezing aan de geheele wet een matte, flaauwe kleur: in de beide reeksen (voor en na het woordje *item*), die dan scherp tegenover elkander staan, wordt de praestatie wederom door dezelfde woorden (*dolus et culpa*) aangeduid, en het meerdere, dat in de *diligentia* ligt, alleen in een tusschenzin aan het eind der eerste reeks van voorbeelden aangewezen. Geene dezer emendaties heeft dus zulk een kenmerk van waarheid, dat ze ons geheel voldoen kan; behalve nog dat de Basilica (II, 3, 23) de gewone lezing volgen: *ἐν τούτοις δὲ ἐπιμέλεια.*

L. 5 § 2 D. Comm. (13.6)

Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus. Dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur,

[1] Rhein. Mus., Bd. VII, S. 74 fgg.

merito dolus praestatur solus; nisi forte et merces accessit, tunc enim (ut est et constitutum) etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur; et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam.

Evenzeer, ja nog duidelijker dan in l. 23 cit. blijkt hier, dat door de slotwoorden iets (wat dan ook) wordt aangeduid, meer dan hetgeen eenige regels vroeger door het enkele woord *culpa* uitgedrukt was. Van deze worden als voorbeelden aangevoerd: emtio, locatio, dos, societas, dus zoowel contracten die diligentia diligentis in abstracto, als die alleen diligentia q. s. opnemen, zonder dat tusschen deze eenig verschil wordt gemaakt (evenmin als in l. 23 cit.): en dan wordt, met beroep op Mucius, en met aanwijzing van eenen bepaalden grond (solam util. cont. ej. c. comm.) het commodaat tegen deze allen overgesteld, als verbindende tot „et culpam et diligentiam". De geheele voorstelling is weder onjuist, als men met Hasse hierin iets ziet, wat allen contracten, die diligentia diligentis opnemen, gemeen is; daar het dan wel het uiterste van nalatigheid zou zijn, de sterkere uitdrukking alleen van het commodaat te gebruiken, tegenover de vroeger genoemde emtio en locatio, waarbij geheel hetzelfde plaats vindt, en waarvan toch alleen gezegd wordt: „et dolus et culpa praestatur". De geheele tegenstelling, zoowel als het bewijs en de autoriteit [1], die voor de laatste beslissing aangevoerd worden, dienen dan tot niets.

---

[1] Het is waar, dat uit de woorden v. e. Q. M. s., zooals Hasse, § 64, zegt, niet behoeft te volgen, dat tusschen de Romeinsche juristen

L. 47 § 5 D. de Leg. I. (30)

Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est, an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.

Ook hier zal een onbevangen lezer in de laatste vraag iets meer zien dan de vroeger vermelde culpa levis: van de diligentia q. s., als geheel exceptioneel, is hoegenaamd geen sprake, en wanneer de vraag geëindigd was met de woorden *quae levis est*, en hierop het antwoord Q. v. e. geslagen had, niet één lezer had om de diligentia q. s. gedacht. Ieder zou (en teregt) gemeend hebben, dat als de schrijver hier deze exceptionele praestatie had willen aannemen, bij dit bepaald had moeten zeggen. De laatste woorden *numquid... herede* doelen dus op iets, dat verder ligt dan de culpa, quae levis est.

Hoe zijn deze wetten dan overeen te brengen met den hoofdregel, dat in alle gevallen van *culpa* de zorgvuldigheid naar de diligentia van eenen diligens paterfamilias afgemeten wordt? Naar mijne meening eveneens, als de voorbeelden, die wij in de vorige paragraaf van eene wijziging dier praestatio ontmoet hebben. De zorg van een goed huisvader toch, waarop alles in de eerste plaats aankomt, is alleen bestemd, om den regter een leiddraad bij zijne beslissing aan de hand te geven: en reeds het onzekere van het begrip wijst ten duidelijkste aan, dat het nimmer de bedoeling der Romeinen kan geweest zijn, die tot een vasten regtsregel te maken, waaraan de regter nu slechts de handelingen van den gedaagde blindelings te toetsen had. Menige handeling (b. v. het doen aanteekenen

---

een strijd zou geweest zijn: maar het is toch ook waar, dat daarin het aanhalen van eene autoriteit ligt, niettegenstaande het onnoodig zou wezen, om voor het commodaat te bewijzen, dat het ook tot culpa levis verpligt, nadat men eerst voor de emtio en dos hetzelfde zonder eenig gezag of bewijs heeft aangevoerd.

van een brief met geld, het assureren van eenig goed tegen de gevaren eener landreis, enz.), die volgens den een tot de pligten van een goed huisvader behoort, zal den ander eene overdrevene angstvalligheid schijnen, en de meesten welligt in het onzekere laten, daar zij evenmin hem, die zoo doet, overdreven bezorgd, als hem, die niet zoo handelt, nalatig kunnen noemen. Het zal dus van de omstandigheden moeten afhangen, of de regter in eenig geval meer of minder streng datgene zal toepassen, wat in den grond dezelfde diligentia diligentis blijft. Van dezen invloed der omstandigheden hebben wij reeds in de vorige paragraaf vele voorbeelden ontmoet; en het is ons daar ook gebleken, hoe de goede trouw zelve gebiedend vordert, niet alle gevallen met ééne maat te meten. Houdt men dit in het oog, dan moet men noodwendig tot een resultaat komen, wat ook bij MOMMSEN nog niet wordt gevonden, maar wat toch m. i. alleen den sleutel tot deze wetten kan geven.

Enkele van die omstandigheden, die op de meer of min strenge opvatting van het begrip der diligentia invloed uitoefenen, zijn zoodanig, dat zij niet eenig bepaald geval, maar alle gevallen van hetzelfde contract, of m. a. w. het contract zelf eigen zijn: en van daar dat, hoewel in het wezen der diligentia diligentis hoegenaamd geen verschil is, toch ditzelfde begrip ten gevolge van de eischen der bona fides, en door middel van het arbitrium judicis in het eene contract strenger moet opgevat worden dan in het andere. Dat de Romeinen dit door de zamenvoegingen *culpa et diligentia*, *non tantum c. sed et d.* uitdrukten, is niet vreemd, maar met het Romeinsche spraakgebruik geheel overeenkomstig. Evenals wij later de uitdrukking *diligentia et custodia* zullen ontmoeten voor wat elders *diligens custodia* heet, kan men ook in de klassieke schrijvers menig voorbeeld vinden voor eene dergelijke zamenvoeging van twee substantiva [1];

[1] Wij herinneren hier slechts aan de regels van VIRGILIUS (Aen. I,

en men behoeft dus niet één taalregel geweld aan te doen, door *culpam et diligentiam recipit* te vertalen: „dit of dat contract neemt culpa levis, en dat wel in hare strengste opvatting op."

Deze in het contract zelf liggende gronden ter verzwaring der diligentia zijn vooral bij het commodaat en de negotiorum gestio, juist de contracten, waarvan hier sprake is, op te merken.

Vergelijken wij hiertoe het commodaat met dat contract, dat daarmede de meeste punten van overeenkomst aanbiedt, de locatio conductio rei; en dan beroep ik mij op ieders natuurlijk gevoel, of dit niet erkennen zal, dat men voor iets, wat men ter leen ontvangen heeft, meer zorg verschuldigd is dan voor eene gehuurde zaak. En hoe kan het ook anders? Is de omstandigheid, dat men uit eenig contract geen voordeel trekt, voldoende om alle aansprakelijkheid buiten dolus uit te sluiten, dan moet de omstandigheid, dat men alleen voordeel trekt, ten minste die kracht hebben, dat men daar strenger wordt beoordeeld, dan wanneer men zijnen medecontrahent de ons bewezen dienst heeft betaald. En dat dit geene louter hypothese is, zal ieder uit het doorlezen van den titel D. Comm. dadelijk blijken. Als voorbeeld wil ik hier slechts aanhalen de op l. 5 § 2 cit. volgende en zich daaraan knoopende

L. 5 § 4 D. Comm. (13.6)

»Quod senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquod damnum fatale, non

---

61): »Sed pater omnipotens ..... Hoc metuens, *molemque et montes* insuper altos Imposuit", d. i. molem montium. Evenzoo Georg. II, 192: »qualem *pateris* libamus *et auro*" voor: pateris aureis. Even als in het laatste voorbeeld staan de hier bedoelde uitdrukkingen voor: *culpa (diligentia) diligens, custodia diligens.*

tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

Voor casus is men in het commodaat nooit aansprakelijk, gelijk in den aanvang gezegd wordt: hij dus, die beide zaken kunnende redden, de zijne voortrekt, moet hier gerekend worden, zich aan eene met zijne verpligting strijdige culpa schuldig te maken [1], ofschoon als hij de zaak had gehuurd, niemand zulk eene zelfopofering, als in de diligentia diligentis begrepen, van hem gevorderd zou hebben [2].

Ook de aan het eind der vorige paragraaf geciteerde l. 18 pr. D. eod. met hare sterk gekleurde uitdrukkingen, schijnt op deze meer strenge behandeling van den commodataris te verwijzen: en inderdaad volgt men niets dan het meest algemeene billijkheidsgevoel, door de wet het strengste toe te passen met betrekking tot geleend goed.

Geheel anders is de reden, die hiertoe leidt bij de negotiorum gestio. Even als wij het commodaat met de locatio conductio vergeleken hebben, moet deze naast het mandaat worden gesteld; en doet men dit, dan valt dadelijk in het oog, dat alleen bij het laatste de mandans

---

[1] Immers dit voorbeeld, zooals ons wetboek doet, als een exceptioneel geval op te vatten, waarin de commodataris voor casus aansprakelijk is, gaat niet wel aan. Vgl. Hasse, § 64. Wij zullen dit echter nader bespreken, waar wij over de verantwoordelijkheid van den commodataris in het nieuwe regt handelen, vgl. ben. § 19.

[2] Ook hieromtrent zijn evenwel niet allen het eens: Mackeldey (§ 343, III) en Thibaut (§ 165, V) zien hierin iets, waartoe alle contrahenten, die voor diligentia diligentis instaan, verpligt zijn; met beroep op Gesterding, Alte u. Neue Irrthümer der Rechtsgel., S. 433 fgg. De omstandigheid evenwel, dat dit alleen bij het commodaat gevorderd wordt, in verband met de strenge kleur, dien de geheele titel D. Comm. draagt, is voldoende om dit voorschrift niet uit te breiden. Men moet echter altijd bedenken, dat als een huurder met voordacht zijn goed redt, en het gehuurde, dat hij ook redden kon, in de vlammen laat omkomen, hierbij de animus nocendi niet ontbroken kan hebben. Hij is dan ook aansprakelijk, maar op grond van dolus.

in de keuze van zijnen mandataris geheel vrij is geweest; hij wist dus (of als hij het niet wist, was het zijn eigen schuld), of de mandataris wel die zorg zou aanwenden, die hij van hem meende te mogen verwachten. Daarentegen biedt de negotiorum gestor zich geheel vrijwillig aan; zonder last of voorkennis van den dominus rei (die zich dus niets te verwijten heeft), neemt hij de behartiging van eens anders belangen op zich; en men kan dus wel niet anders van hem verwachten, of hij gevoelt zich meer dan alle anderen geschikt voor deze zaak, en zal door een uiterst naauwlettend gedrag goedmaken, wat de dominus rei anders wel eens als een onbescheiden en verdacht indringen zou kunnen beschouwen. Dezelfde bedenking dus, welke den voogd, die zich uit meerderen vrijwillig ter administratie aanbiedt, uitsluit van de gewone beperking tot diligentia q. s. [1], heeft ook hier gewigt genoeg om den regter jegens den negotiorum gestor tot meerdere gestrengheid te stemmen [2]. Alleen als het onmiskenbaar blijkt, dat hij niet door zulke onbescheiden of verdachte beweegredenen, maar alleen door belangelooze welwillendheid en vriendschap is gedreven geworden, wordt zijne aansprakelijkheid beperkt, zelfs tot beneden die van den mandataris, t. w. tot enkelen dolus en culpa lata [3].

Het derde geval heeft veel overeenkomst met de negotiorum gestio. Ook hier heeft de legataris niet vrijwillig aan den erfgenaam de bezorging zijner belangen opgedragen, maar heeft de loop der omstandigheden dezen tot zijnen gedwongen vertegenwoordiger gemaakt. Hoe hulpeloozer men dus in den aanvang was, en hoe minder men zich in de keuze van zijnen medecontrahent te verwijten hebbe, met des te meer gestrengheid zal de

[1] L. 53 § 3 D. de Furt. (47.2).

[2] L. 2, 32 pr., 37 § 1 D. de Neg. G. (3.5), l. 53 § 3 D. de Furt. (47.2), l. 24 C. de Us. (4.32).

[3] L. 3 § 9 D. de Neg. G. (3.5).

regter zijne arbitrale magt tegen dezen laatsten uitoefenen.

Zulk eene uitlegging eindelijk vereenigt het ware, dat in de oude theorie gelegen was, met de resultaten, die door HASSE aan het licht gebragt zijn. Die plaatsen, waarin de verpligting van den commodataris en den negotiorum gestor met dezelfde woorden omschreven wordt, als die van den verkooper of huurder, of waarin de diligentia diligentis pf. als het uiterste voorkomt, waartoe men verpligt kan worden, stemmen hiermede overeen, daar werkelijk al deze contracten tot ééne en dezelfde categorie behooren, waarin de zorg van een goed huisvader in zijne eigene zaken als algemeene grondtoon heerscht. Maar ook die plaatsen, waarin van den commodataris enz. meer dan van anderen gevorderd wordt, ontvangen eene ongedwongen uitlegging, daar in die contracten onmiskenbaar omstandigheden aanwezig zijn, die den regter nopen, om binnen de grenzen zijner arbitrale magt hetzelfde begrip daar strenger op te vatten, dan het in de andere, daarmede overeenkomende contracten gedaan wordt. Het is niet een andere maatstaf, die hier geldt, zooals de diligentissimus paterfamilias was, een onding, wat men zich niet denken kan; maar, terwijl de maatstaf dezelfde blijft, heeft de regter de vrijheid, dien in het eene geval iets strenger, in het andere iets zachter toe te passen.

§ 14.

Custodia.

In den regel, en zoo dikwijls bijzondere omstandigheden zijne aansprakelijkheid niet wijzigen, is de schuldenaar dus vrij, zoodra hij in zijn gedrag die oplettendheid heeft ten toon gespreid, welke men van een goed huisvader verwachten kan. Deze oplettendheid zal zich in al zijne gedragingen moeten openbaren: hij zal handelen, waar hij handelen, stil zitten, waar hij stil zitten

moet; hij zal zorgen, dat hij zelf niet door onberaden ijver of nalatigheid schaden kan, maar hij zal ook zoo veel mogelijk maatregelen nemen, om te voorkomen, dat anderen eenigzins ten nadeele op de zaak inwerken. Al deze verschillende handelingen a priori voor te schrijven, is voor den wetgever evenzeer als voor den regtsgeleerde ondoenlijk; genoeg was het, een algemeenen regel te geven, en het dan aan des schuldenaars wijsheid en des regters onpartijdig oordeel over te laten, om te beslissen, wat in elk geval door dien regel gevorderd werd. Splitsingen of onderverdeelingen (zoo als de op zich zelf niet onware verdeeling van DONELLUS) moet men dus zooveel mogelijk vermijden, daar zij zonder eenig nut slechts dienen om verwarring te veroorzaken. Maar toch moet men op één dier onderdeelen der algemeene diligentia meer bepaaldelijk de aandacht vestigen, daar het niet alleen het belangrijkste en moeijelijkste van allen is, maar ook het eenige, waarvan in de bronnen meer bijzonder melding wordt gemaakt. Het is dat, hetwelk den schuldenaar verpligt, maatregelen te nemen, om ook tegen zulke nadeelen, als geheel van buiten af komen, te waken, m. a. w. de *custodia*.

Zulke nadeelen, hetzij zij de gevolgen zijn van de werking van natuurkrachten of wel van menschelijke handelingen, zijn, wanneer men ze op zich zelve beschouwt, toevallen, *casus*, en wel casus van de zuiverste soort. [1]

[1] Eene andere soort van casus is, wanneer de schade in de eerste plaats uit eene menschelijke handeling is voortgesproten, maar daarop andere oorzaken van buiten hebben ingewerkt, en het schadelijke gevolg aan deze meer direct toe te schrijven is. B. v. als ik een geleend paard op eene weide laat grazen, die door eene vis fluminis weggespoeld wordt, dan is het verlies van het paard wel in de eerste plaats het gevolg daarvan, dat ik het op die weide gebragt heb: maar de naaste oorzaak is eene vis major, die ik niet heb kunnen voorzien, en daarom valt deze gebeurtenis onder het gebied van den casus. Men kan daar niet zeggen: »als ik er mij niet mede gemoeid had, zou het paard

Als een slaaf door den bliksem wordt getroffen, of eenige zaak verbrandt, als eenig vee uit de weide wordt gestolen, of een slaaf uit mijn huis de vlugt neemt, is zulk een nadeel zelfs van verre niet aan mijn doen of laten te wijten; de oorzaak is iets, wat geheel buiten mijn toedoen of mijne voorkennis geschied is, wat eveneens gebeurd zou zijn, als ik er niet geweest was, het is een zuiver toeval. Oogenschijnlijk zou derhalve de schuldenaar, die alleen voor dolus en culpa instaat, nimmer gehouden zijn tot het vergoeden eener zoodanige schade, die noch door zijnen dolus, noch door zijne culpa teweeg gebragt is. Doch ook maar alleen oogenschijnlijk; want ook op zulke toevallen dient een diligens paterfamilias bedacht te wezen, en het is evenzeer een gedeelte van zijne pligt, maatregelen te nemen, ten einde zulke toevallen hem niet treffen, als het daartoe behoort te zorgen, dat hij zelf niet door eenige verkeerde handeling of verzuim de naaste en directe oorzaak der schade wordt.

Wij haalden het voorbeeld aan van een slaaf, die wegloopt: zeker zal de meester of diens plaatsvervanger aan deze gebeurtenis in den regel wel zoo onschuldig zijn, als hij maar wezen kan; maar wanneer men nu de vraag stelt, of hij dit wegloopen niet door geschikte maatregelen had kunnen voorkomen (b. v. door den slaaf te boeijen, of onder de bewaring van anderen te stellen), dan verandert de zaak geheel, en zal het dikwijls blijken, dat, ofschoon het verlies in abstracto casus is, het toch in concreto voor een groot deel aan de nalatigheid en het verzuim van den bewaarder is toe te schrijven. Een ander voorbeeld was dat van een slaaf, die door den bliksem getroffen wordt: ook dit is in het algemeen

---

toch zijn verloren"; want dan had het paard op eene andere weide gegraasd, en zou nog leven. Ik heb mij evenwel daarbij niets, zelfs de minste negligentia niet, te wijten, en ben daarom van alle verantwoordelijkheid bevrijd. Vgl. boven pag. 43.

genomen casus; maar als nu de bewaarder den slaaf buiten dringende noodzakelijkheid, te midden van een zwaar onweder door een bosch heeft laten gaan, waar dus groot gevaar voor zulk een ongeval bestond, dan moet men het treffen daarvan, voor een gedeelte althans, zeker ook aan hem wijten. Ofschoon dus zulke rampen op zich zelve toevallen zijn, vraagt men in concreto nog, of er geen voldoende reden voor den schuldenaar was, om ook op zulk een toeval bedacht te zijn, en er maatregelen tegen te nemen. Hetgeen dus oorspronkelijk niet binnen den kring der verantwoordelijke schade behoorde, wordt er in zulk een geval mede in betrokken, als ten deele ook aan hem toe te schrijven.

Wij hebben daarom niet te veel gezegd, toen wij deze aansprakelijkheid het moeijelijkste deel van de verpligting des schuldenaars noemden; immers waar zal men ophouden, wanneer men hem ook voor toevallen verantwoordelijk stelt, indien hij ze slechts had kunnen voorkomen? Het is waar, enkele zijn zoodanig, dat ze in het geheel niet voorkomen hadden kunnen worden, zooals in de meeste gevallen de schade, door overstrooming of het treffen van den bliksem veroorzaakt; maar zelfs daar zou men nog kunnen beweren, dat het laatste b. v. geen plaats zou gehad hebben, wanneer hij den slaaf altijd te huis had gehouden; zoodat het gebied der casus, quibus resisti non poterat (want zoo noemt men meer naauwkeurig die, welke nimmer vergoed worden), in tegenstelling van die, welke men door voorzorg had kunnen beletten, vrij klein wordt.

Doch ook hier helpt ons de regel, dien wij boven gesteld hebben, ten minste een goed eind op weg. Laat men dien varen, dan zal men zich in eene zee van moeijelijkheden bevinden, die men bezwaarlijk alle oplossen kan; alleen dan is daaruit redding mogelijk, als men de oogen wederom op het kompas vestigt, dat de handelwijze van eenen diligens pf. aanbiedt.

Is men derhalve alleen voor dolus verantwoordelijk, dan heeft men zulke van buiten aankomende ongevallen slechts te vergoeden, indien de waarschijnlijkheid der dreigende ramp zoo in het oog loopend, en voor iedereen zoo duidelijk was, dat het niet inzien daarvan eene bijzondere negligentia, een error inexcusabilis, een non intelligere quod omnes was. In alle andere gevallen is men van de aansprakelijkheid voor zulke rampen eerst daardoor bevrijd, dat men al die voorzorgen heeft aangewend, welke men in de gegeven omstandigheden van een goed huisvader verwachten kon. De verpligting tot custodia is dus niet iets buiten de culpa om, iets hooger dan de diligentia diligentis (zooals bij SCHÖMAN [1]), maar het is deze zelf, slechts toegepast op eene bijzondere soort van gevallen.

L. 1 § 1, l. 2 § 1 D. de Per. et C. (18.6)

Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet.....

Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. Et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.

Dat de verkooper tot custodia verpligt is, d. i. maatregelen moet nemen ook tegen van buiten treffende onheilen, bewijst dus op zich zelf niets, de vraag blijft dan nog over, of hij daarbij alleen dolus en culpa lata, of ook culpa levis praesteert. Deze vraag wordt in l. 2 cit. door GAJUS, in overeenstemming met de aansprakelijkheid van den verkooper op alle andere punten, zonder aarzeling zoo beslist, dat hij ook in custodiendo diligentia diligentis moet betoonen, welke hier door custodia plena wordt uitgedrukt.

L. 13 § 1, l. 14 D. de Pign. A. (13.7)

---

[1] Vgl. Inleiding, § 4.

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia, vis major non venit. Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

Evenals in vele wetten wordt, na in het algemeen dolus en culpa gevorderd te hebben, de aandacht op van buiten komende onheilen, casus, gevestigd. Daarbij vordert men custodia; alleen als zij daardoor niet hadden kunnen verhinderd worden, als zij een gevolg zijn van vis major, behoeven zij niet vergoed te worden. Waarin dan die custodia bestaat, wordt in l. 14 cit. door PAULUS aangegeven, door, evenals in alle handelingen van den creditor pignoraticius, zoo ook hier den ijver van een diligens pf. te vorderen. [1]

L. 35 § 4 D. de C. Emt. (18.1)

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet.

Vgl. § 4 I. q. m. r. c. (3.14)

Quia pignus utriusque gratia datur, ... placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet (creditor): quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

[1] Deze wet was onder de oude theorie altijd eene dergene, die men de meeste moeite had, om met de verdeeling in drie graden in overeenstemming te brengen. Niet alleen toch dat de verpligting van den pandhouder en den leener vergeleken worden, maar van den eersten wordt nog bovendien custodia, d. i. diligentia gevorderd. Het resultaat is dus, dat de commodataris culpa levis, de pandhouder culpa levissima praesteert, juist lijnregt tegen die theorie in. Geen wonder, dat de toenmalige geleerden deze zoo eenvoudige wet even ijverig emendeerden, als de volgelingen van HASSE l. 23 D. de R. J. doen (Vgl. HASSE, § 48). Het is echter gewoonlijk geen bewijs van waarheid, als de Pandecten nog naar eenig systeem vervormd moeten worden.

Is men tot niets anders overeengekomen [1], dan moet men zich in dit opzigt als een goed huisvader gedragen, exacta diligentia aanwenden.

Even als wij verder gezien hebben [2], dat de zorg van een goed huisvader beschouwd wordt als de *diligentia κατ' ἐξοχήν*, als de *omnis diligentia*, buiten welke niets gevorderd wordt, zoo vinden wij ook bij deze enkele toepassing daarvan hetzelfde verschijnsel weder. Ook hier neemt het woord *custodia*, zonder meer, de beteekenis aan van diligentia diligentis pf. in custodiendo, en gebruikt men de uitdrukking *custodiam praestare* als te dezen aanzien geheel zamenvallende met *diligentiam praestare*: ja, om de gelijkenis te volmaken, vindt men die custodia wederom omschreven als *omnis cura*. Men vergl. b. v.

L. 28 C. de Loc. (4.65)

In judicio tam locati quam conducti, dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

In zulk een geval, waar van toevallige rampen sprake is, rekent men dat het woord *custodia* alle diligentia omvat, en in de plaats daarvan kan treden. Dolus et custodia is dus hetzelfde als wat meer algemeen uitgedrukt wordt door: dolus et culpa s. diligentia.

L. 1 § 7, l. 2 D. Usuf. q. c. (7.9)

Interdum inerit proprietatis aestimatio, si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit: omnem enim rei curam suscipit. Nam fructuarius custodiam praestare debet.

Hier worden *custodia* en *omnis rei cura* met elkander verwisseld.

Vgl. § 3 I. q. m. r. (3.14), § 5 I. de Loc. (3.24), l. 5 § 9, l. 10 D. Comm. (13.6), l. 1 § 35 D. Dep. (16.3), l. 17 § 4 D. de Pr. V. A. (19.5), l. 11 D. de Per. et C. (18.6), l. 1 § 4 D. de O. et A. (44.7).

[1] Vgl. boven pag. 45.

[2] Vgl. boven pag. 70.

Al deze wetten staven onze voorstelling, dat custodia dat deel der algemeene diligentia is, door middel waarvan men zulke van buiten af treffende onheilen, als op zich zelve onder het gebied van den casus zouden vallen, voorkomen kan; zoodat zij wederom in culpa lata en levis moet vervallen, ofschoon *custodia* als technische uitdrukking hoofdzakelijk de culpa levis in custodiendo aanwijst. Het is dan ook overbodig, meerdere bewijsplaatsen aan te voeren; liever wil ik dus nog een paar wetten bespreken, die moeijelijkheden zouden kunnen opleveren. De eerste is:

L. 19 C. de Pign. (8.14)

Sicut vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

Staat *custodia* voor diligentia, zou men kunnen zeggen, dan vordert DIOCLETIANUS hier dolus et culpa et diligentia, en behoort het pignus dus onder de gevallen der vorige paragraaf. Zulk eene gevolgtrekking zoude evenwel hoogst onjuist wezen, daar deze spreekwijze hier iets geheel anders beteekent, en eveneens moet verklaard worden als in de boven aangehaalde l. 13 D. de Pign. A. Doordat hier sprake is van van buiten af komende toevallen, vergenoegt de keizer zich niet met de woorden *dolus et culpa*; maar voegt er tot verduidelijking bij, dat wat zulke casus betreft, de pandhouder alleen voor custodia aansprakelijk is, m. a. w. dat ook die vergoed moeten worden, voor zoover zij door eenen diligens pf. hadden kunnen voorkomen worden: alleen vis major verontschuldigt hem. [1]

L. 5 § 5, 15 D. Comm. (13.6)

Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare ..... Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, CELSUS filius scripsit lib. VI Dig.,

[1] Evenzoo verklare men l. 1 § 35 D. Dep. (16.3).

quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? ..... sed esse verius ait, et dolum, et culpam, et diligentiam, et custodiam in totum me praestare debere.

Custodia beteekent hier niets meer dan diligentia, evenmin als dat woord iets meer uitdrukt dan reeds in *culpa* gezegd was, zoodat wij deze wet niet eens in de vorige paragraaf vermeld hebben. De vraag is hier niet naar de aansprakelijkheid van den leener of huurder, maar alleen naar de solidariteit tusschen twee leeners of huurders. En dan antwoordt CELSUS, dat beide solidair voor elkanders handelingen instaan, waarin die ook bestaan mogen; hetzij men ze onder de rubriek van dolus, culpa, diligentia of custodia brenge, altijd zijn beide gezamenlijk verantwoordelijk. Een andere zin ligt in deze optelling niet, en tot de begripsbepaling van eene der genoemde uitdrukkingen doet deze plaats niets af. [1]

L. 5 § 22 D. ut in Poss. (36.4)

In caeteris quoque rebus hereditariis missi in possessionem hoc erit officium, ut universas res hereditarias colligat et custodiat....: et puto ita legatarium custodire res hereditarias debere, ut neque heredi auferantur, neque depereant deterioresve fiant.

Deze plaats is vooral van belang, omdat daarin het gevoelen van SCHÖMAN [2] weersproken wordt, alsof de custodia alleen bestond in het afweren van het totaal verlies van het bedreigde voorwerp. Zoo mijn in den aard der zaak, als in de uitspraken der bronnen ligt eenige aanleiding tot zulk eene beperking: en bepaaldelijk in de hier aangehaalde wet zijn de laatste woorden voldoende, om ook het afweren van gedeeltelijk verlies of bederf onder dit begrip te betrekken. Niet in het geheele of gedeeltelijke verlies der zaak ligt dus het ken-

[1] Vgl. HASSE, § 64.

[2] M. z. Handb. I, S. 248—259; vgl. boven Inl. § 4.

merk der custodia: maar alleen in het verhinderen van zulke onheilen, als wel op zich zelve beschouwd zuiver toeval zijn, maar toch in concreto hadden kunnen voorkomen worden.

Hiermede is het begrip van *custodia* voldoende aangewezen; ik wil dus alleen nog met enkele voorbeelden aantoonen, wat de Romeinen onder die toevallen verstonden, en in hoeverre de custodiens die voorkomen moest, te meer omdat dit een geschikten overgang aan de hand zal geven tot de beantwoording van een paar vragen, die hierbij nog ter behandeling overschieten.

Een zeer eenvoudig voorbeeld van zulk eenen casus is brand. Wanneer ik eene zaak van een ander onder mij heb, en mijn huis geraakt in brand, zoodat die zaak beschadigd wordt, of wel geheel verloren gaat, dan is dit op zich zelf zeker een zuiver toeval, en toch is daarmede niet alle aansprakelijkheid van mijne zijde ontkend. Ik sta voor custodia in, en moet dus ook tegen brand de mij toevertrouwde zaak bewaren: alleen als ik alles, wat een ijverig huisvader gewoonlijk doet, om zich tegen het gevaar van brand te beschermen, gedaan heb, zonder dat het mij gebaat heeft, was die een casus, cui resisti non poterat, en ben ik vrij. Dit wordt onder de custodia gebragt in:

L. 11 D. de Per. et C. (18.6)

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit: quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Vgl. l. 17 § 4 D. de Pr. V. A. (19.5).

Een ander voorbeeld is dit. Wanneer een ander door usucapio eigenaar van eene aan mij toekomende zaak wordt, dan is dit voor mij zeker eene ramp, die mij ge-

heel buiten mijn toedoen treft, en moeijelijk onder iets anders dan den meest volkomen casus kan gebragt worden. Doch geheel verschillend wordt de zaak, als ik de middelen in handen had, om, vóór hij zijne usucapio voleindigde, mijne zaak van hem op te eischen: hetgeen eerst casus was, wordt daardoor, gedeeltelijk althans, een gevolg van mijne nalatigheid, en het zoude tot de custodia behoord hebben, het treffen van dien casus te verhinderen. Hetzelfde wordt ook van den usufructuarius gevorderd, die zich door zijne cautio tot diligentia, ook in custodiendo, verbonden heeft, en wel in:

L. 1 § 7, l. 2 D. Usuf. q. c. (7.9)

Interdum inerit proprietatis aestimatio (sc. cautioni usufructuarii), si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit: omnem enim rei curam suscipit, nam fructuarius custodiam praestare debet.

Hetzelfde heeft plaats in geval van een damnum infectum. Welk verlies is meer toeval, en meer van de werkzaamheid of het verzuim van den bezitter onafhankelijk, dan het nadeel, ontstaan doordien een huis naast dat, wat onder zijne bewaring staat, van ouderdom invalt, en daarbij het naast gelegen perceel beschadigt? Zoo iets, dan behoort dit onder den casus. Doch het regt geeft ons een middel aan de hand om dien casus af te weren, of ten minste de nadeelige gevolgen er van te verhinderen, door de cautio damni infecti, waarbij men den eigenaar van zulk een gebouw dwingen kan, om ons vooruit schadevergoeding te belooven voor het geval, dat de ramp werkelijk plaats heeft. Een goed huisvader zal, zoodra er gegronde reden tot vrees bestaat, van dit hulpmiddel gebruik maken: en de schuldenaar, die zich als hij gedragen moet, zal eveneens handelen, wil hij zijne verpligting tot custodia nakomen.

L. 36 D. de A. E. V. (19.1)

Venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia antequam vacuam

possessionem tradat, custodiam et diligentiam [1] praestare debet, et pars est custodiae diligentiaeque, hanc interponere stipulationem.

Evenzeer als de hier aangevoerde voorbeelden, is ook het vlugten van een slaaf natuurlijk een van buiten komende ramp, casus; doch ook hier kan men door de zorg van een goed huisvader veel voorkomen. Niet dat men elken slaaf zorgvuldig moet doen bewaken: als een goed huisvader zóó wilde handelen, zou hij meer last en onkosten dan hulp van zijne slaven hebben; maar wanneer er bij dien slaaf gegronde reden bestaat, om voor zijn wegloopen te vreezen, wanneer hij reeds vroeger neiging daartoe betoond heeft, dan zal de diligens pf. wel degelijk maatregelen nemen (door hem in boeijen te slaan, te doen bewaken enz.), die het gevreesde onheil onmogelijk zullen maken.

L. 5 § 6 D. Comm. (13.6)

Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est, nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel ejus aetatis, ut custodia indigeret. Certe si hoc actum est, ut custodiam is, qui rogavit, praestet, dicendum erit, praestare.

Zoo dikwijls de leener dus de gevaarlijke neiging van den slaaf kende, doordat de eigenaar hem geboeid had overgeleverd, en nog meer wanneer de eigenaar hem uitdrukkelijk had gewaarschuwd, en verzocht den slaaf te doen in het oog houden, is hij verpligt, maatregelen tegen het ontvlugten te nemen. Anders wordt het ontvlugten als een toeval, zonder zijne schuld voorgevallen, beschouwd, ofschoon hij ook in het algemeen tot custodia gehouden zij.

Vgl. l. 21, l. 36 § 1 D. de R. V. (6.1).

---

[1] Dit is hetzelfde als *custodiam diligentem*, nl. diligentiam in custodiendo.

Dit laatste voorbeeld brengt ons van zelf op de vraag, hoe het met den diefstal gaat, en in hoe ver hij, die tot custodia verpligt is, ook gestolen zaken vergoeden moet. Evenzeer als het instorten van een huis of het vlugten van een slaaf, is ook de diefstal op zich zelf beschouwd een zuiver toeval; maar even als de diligens pf. daar maatregelen tegen de schade neemt, zoo is ook diefstal ongelukkig niet zoo zeldzaam, of een ijverig huisvader zal ook daarop bedacht wezen, door zijne deuren goed te sluiten, zich, wanneer hij buiten de stad woont, van wapenen te voorzien, enz. Heeft men zulke voorzorgen niet genomen, dan heeft men zich wederom niet als een diligens pf. gedragen en is in culpa: heeft men ze wel genomen, dan heeft men zich niets te verwijten, en als de diefstal nu toch plaats vindt, is hij een casus, zoo goed als het vlugten van den slaaf, en treft daarom den eigenaar, niet den custodiens.

Tot dit besluit voert ons de algemeene regel. Von Löhr [1] evenwel kwam, op grond van enkele uitspraken van het Romeinsche regt tot eene tegenovergestelde meening. Volgens hem zou bij de Romeinen het vermoeden gegolden hebben, dat diefstal altijd door de zorgvuldigheid van den schuldenaar had kunnen voorkomen worden; zoodat hij, die voor custodia instond, van zelf iederen diefstal (buiten gewelddadigen roof) vergoeden moest. Nu is het wel waar, dat men door voldoende zorgvuldigheid den diefstal steeds zal kunnen beletten, wanneer men b. v. altijd eene bende gewapende wachters om zijn huis houdt; evenals men het ontvlugten van een slaaf voorkomen kan, door al zijne slaven geboeid op te sluiten: maar even waar is het, dat men tot niets meer dan de custodia van eenen diligens pf. gehouden is, en het wel niet tot de pligten van *dezen* gerekend zal worden, zulke buitengewone maatregelen te

[1] Zie Beitr. S. 163 fgg.; Uebers. in Mag. f. R., Bd. IV, S. 494.

nemen, en zijn geheele leven in zulk eene bezorgdheid en zelfkwelling door te brengen. Het is dus niet waar (en dit is het eenige, wat hier in aanmerking kan komen), dat men elken diefstal door de gewone zorg van een goed huisvader kan beletten; en dit eens toegestemd, kunnen de Romeinsche juristen nimmer tot de onware gevolgtrekking zijn gekomen, dat hij, die custodia praesteert, daardoor reeds voor iederen diefstal aansprakelijk zou zijn [1].

Dat dit ook het geval niet geweest is, blijkt uit:

L. 14 § 12 D. de Furt. (47.2)

Quodsi conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa ejus subrepta sit res.

L. 14 pr. D. ibid.

Et sane periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet [2].

Vgl. l. 35 § 4 D. de Contr. E. (18.1), l. 13, 14 D. de Per. et C. (18.6), l. 31 pr. D. de A. E. V. (19.1),

---

[1] Alleen herbergiers, voerlieden enz. zijn voor elken niet gewelddadigen diefstal aansprakelijk, l. 1 § 8, l. 2, l. 3 pr. § 1 D. Nautae (4.9); vgl. a. 1747, 1748 B. W. Men beschouwt die echter dan niet, als bij gebrek van de noodige custodia door hunne schuld geschied; maar, in tegenstelling van de overige contracten, nemen zij bij uitzondering ook het periculum casus op zich, gelijk in l. 3 § 1 cit. met ronde woorden gezegd wordt.

[2] Deze plaats is door v. Löhr (Beit. S. 194) volkomen misverstaan. De beteekenis is, geheel in overeenstemming met onze meening: de verkooper is tot custodia gehouden, doch heeft hij die verpligting vervuld (custodiam praestitit), en treft hem toch eenige ramp, dan is die casus, en dus voor rekening van den kooper. v. Löhr echter verstond *custodiam praestare* in den zin van: aansprakelijk zijn voor custodia, en, daar de geheele plaats dan niets beteekende, schoof hij vóór *praestet* het woordje *non* in, zoodat de beteekenis werd: »zoodra de verkooper niet tot custodia gehouden is, treft de casus den kooper," waaruit a contrario volgt: zoodra hij dit wel is, treft de casus altijd hem. Neemt men dit alles mede aan, dan (maar ook dan alleen) is deze plaats met zijn gevoelen overeen te brengen, vgl. Hasse, § 92.

l. 14 § 6, l. 80 pr. D. de Furt. (47.2), l. 1,4 C. de Loc. (4.65).

Er zouden over dit punt dan ook nimmer moeijelijkheden ontstaan zijn, indien niet enkele wetten aan hem, die voor custodia aansprakelijk is, reeds daarom onbeperkt de actio furti toestonden; onder deze zijn:

L. 12 pr. D. de Furtis (47.2)

Itaque fullo, qui curanda polienda vestimenta accepit, semper (furti) agit, praestare enim custodiam debet: si autem solvendo non est, ad dominum actio redit, nam qui non habet quod perdat, ejus periculo nihil est.

L. 10 § 1 D. Comm. (13.6)

Si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui, et custodiam, et ideo furti habebit actionem.

Vgl. l. 52 § 3 D. pro Soc. (17.2), l. 14 § 10, 15—17 D. de Furt. (47.2) [1].

Deze plaatsen laten zich echter gemakkelijk verklaren, wanneer men bedenkt, dat hier niet de vraag is, wie voor

---

[1] v. Löhr citeert nog l. 14 § 1 D. de Per. et C. (18.6): Materia empta si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit; si minus, venditoris. Doch deze plaats doet hier niets af, mits men het woord *periculum* slechts niet te eng opvatte. In verband met l. 12, 13, 14 pr. eod. is de zin dezer plaats de volgende. Wanneer na eene houtveiling het verkochte hout in de open lucht blijft liggen, vraagt men, te wiens gevare blijft het aldaar, m. a. w. wie moet voor de wachters zorgen? Die vraag wordt dan volgens den gewonen regel alzoo beslist, dat vóór de levering de verkooper tot custodia verpligt is, en hier dus de wachters moet bekostigen, daar elk goed huisvader in zijne plaats zulk een voorzorg nemen zou; na de levering is het goed ten risico van den kooper, en moet deze weten, wat hij doen wil. Van casus buiten de custodia om, wordt niet gesproken, daar het woord *periculum* zulk eene beperkte beteekenis niet behoeft te hebben: vgl. over de beteekenissen, waarin dat woord gebruikt wordt, Hasse, § 77, 78.

het furtum aansprakelijk is, maar wie de actio furti heeft. Gelijk bekend is, komt die hem toe, cujus interest rem non surripi, dus ook hem, door wiens schuld de diefstal gelukt is, en die hem daarom vergoeden moet. De dominus kan kiezen; wil hij de actio furti gebruiken, dan vervalt die natuurlijk voor den custodiens, maar verkiest hij de actio emti, locati enz., dan kan de schuldenaar daarmede van den dief schadeloosstelling vorderen. Zoolang evenwel de dominus nog van geen dezer beide middelen gebruik heeft gemaakt, kan de schuldenaar, die tot custodia verpligt was geweest, zich van de actio furti reeds bij voorbaat bedienen, quia ejus interest rem non surripi, en dit is het, wat in de aangehaalde wetten gezegd wordt. Het is waar, dat daarin eene erkentenis gelegen is, dat de diefstal aan zijne schuld te wijten is, maar er is geene reden, waarom hem die niet even als elke andere bekentenis zou vrijstaan; en men kan dus in waarheid zeggen: „semper furti agit". Alleen als hij de vordering van den dominus door het bewijs zijner onschuld afgeweerd heeft, vervalt dit regt, omdat men niet tegenover den een als onschuldig, tegenover den ander (nu dit voordeelig is) als schuldig aangemerkt kan worden [1].

Het furtum maakt dus, zoo min als eenig ander ongeval, eene uitzondering, en ook daar blijft de regel, dat de schuldenaar alle maatregelen moet nemen, welke een goed huisvader pleegt te nemen, omdat als hij die verzuimd heeft, de diefstal van het gebied der casus in dat der negligentia overgaat: heeft hij die echter wel genomen, en vindt de diefstal toch plaats, dan is die een zuiver toeval [2].

---

[1] Vgl. l. 90 pr. D. de Furt. (47.2).

[2] Vgl. Hasse, Cap. X, Ueber Verantwortlichkeit wegen einer entwendeten Sache, § 81—91. Ook van eene bijzondere presumtie tegen den custodiens, zooals hij en von Vangerow, § 105, willen, is hierbij niet meer sprake, dan bij eenig ander ongeval. Het spreekt van zelf, dat zoodra de benadeelde hem aanspreekt, hij zal moeten be-

Nog eene vraag blijft ons omtrent de custodia ter beantwoording over, nl. die, welken invloed het heeft, wanneer een verkooper, leener en andere, die reeds op zich zelve tot diligentia diligentis, ook in custodiendo, gehouden zijn, zich nog bovendien uitdrukkelijk tot custodia verbinden. Deze vraag wordt behandeld in:

§ 3 I. de E. et V. (3.23)

Quodsi fugerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus.

L. 55 pr. D. Loc. (19.2)

Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit.

Vgl. l. 1,4 C. eod. (4.65).

Volgens Schöman [1] wil zulk eene belofte zeggen, dat men daardoor alle mogelijke gevaar voor zijne rekening neemt, en, terwijl men oorspronkelijk door het betoonen van diligentia diligentis vrij was, thans elk toeval vergoedt. Von Vangerow [2] beperkt deze toevallen tot het gevaar van ontvlugten, stelen, en damnum injuria datum, waarvan deze wetten bepaaldelijk spreken. Beide gaan hierin echter te ver: immers met welk

---

wijzen alles gedaan te hebben, wat een dil. pf. zou gedaan hebben, maar dit is de gewone regel bij het bewijs van culpa. Het is evenzeer waar, dat als de benadeelde hem voor eene vis major aansprakelijk zou willen stellen, alle noodzakelijkheid van zulk een bewijs wegvalt, en het den schuldenaar voldoende is, het bestaan van zulk eene vis major aan te toonen. Hierin ligt echter geene presumtie tegen den custos bij het furtum, of in allen gevalle geen sterkere dan in elk ander geval bestaat.

[1] Handbuch, I, S. 288—292.

[2] Lehrb. d. Pand. § 105.

regt zal de regter uit de woorden *custodiam recipere* zulk eene bedoeling van partijen afleiden? Custodia bevat even als diligentia eene verpligting, die de schuldenaar persoonlijk op zich neemt: deze kan dus meer of minder uitgebreid zijn, maar nimmer kan in de woorden, waarbij men zelf iets beloofd te doen, de zin liggen, dat men ook die schade vergoeden zal, welke geheel buiten ons toedoen door een enkel toeval ontstaan is. Het is waar, zooals v. VANGEROW zegt, de partijen zullen er toch wel iets mede bedoeld hebben; maar zoolang eene andere bedoeling te vinden is, geeft ons dit geen regt, er zulk eene willekeurige, met de woorden strijdende beteekenis in te leggen.

Zoekt men dus een anderen zin in dat beding, dan is de eenvoudigste weg, het woord *custodia* hier niet in den technischen zin van diligentia diligentis in custodiendo te verstaan (dit kan trouwens ook niet, want reeds zonder het beding is de schuldenaar tot deze verpligt), maar in de dagelijksche beteekenis van bewaren, bewaken. Het wil dus zeggen: directe maatregelen nemen tegen van buiten dreigende gevaren, ook daar waar een diligens pf. zulks niet noodig vindt; omdat men de juridische gehoudenheid tot custodia, die algemeen is, wel onderscheiden moet van de verpligting om dusdanige maatregelen te nemen, die in elk concreet geval naar het gedrag van een goed huisvader verschillend beslist wordt.

Om dit met een paar voorbeelden op te helderen. Ik koop een slaaf van A., nu is deze wel reeds op zich zelf, als ieder verkooper, tot custodia verpligt, maar daarom behoeft hij geene bijzondere maatregelen tegen het ontvlugten van dien slaaf te nemen, wanneer er geen bepaalde reden bestaat, om zulk een ongeval te vreezen (vgl. boven p. 104): doch als ik nu toch bang ben, en ik doe A. belooven, dat hij hem bewaken zal, is hij tot zulke maatregelen zeer zeker verpligt, en kan hij mij niet meer

tegenwerpen, dat een diligens pf. niet gewoon is, zijne slaven in verzekerde bewaring te houden. Hij neemt daarmede niet eenig gevaar van *casus* over, maar breidt slechts zijne gewone verpligting uit: als hij b. v. wachters bij den slaaf heeft geplaatst, en er komt eene bende oproerige slaven, die deze dooden, en den slaaf bevrijden, is de verkooper zeker bevrijd, quia custodia adversus vim parum proficit [1]. Zijne aansprakelijkheid wijzigt zich alleen in zoover, dat hij nu in den gewonen zin van het woord *bewaken*, (d. i. wachters bij plaatsen, opsluiten, enz.) moet, ofschoon dit in zijne verpligting tot *custodia* sensu juris niet lag opgesloten. Hetzelfde geval is aanwezig, wanneer ik mijn graan op een zolder opsla, en ik doe den eigenaar daarvan belooven, om dien te bewaken, daar ik voor gewelddadige aanvallen vrees: dan moet hij er wachters bij plaatsen, ofschoon zijne algemeene verpligting tot custodia als verhuurder dit niet noodzakelijk medebrengt: maar evenmin ligt ook daarin eenige aansprakelijkheid wegens casus, daar veeleer l. 4 C. cit. uitdrukkelijk zegt, dat wanneer hij bewijzen kan, dat hij een voldoend aantal wachters genomen heeft, maar zij voor de overmagt zijn bezweken, alle reden tot verantwoordelijkheid volkomen wegvalt.

Zulk een beding bevat dus eene uitbreiding en regeling, niet eene wijziging van de gewone verpligting tot custodia, die den schuldenaar dwingt, ook tot het voorkomen van zulke ongevallen maatregelen te nemen, als op zich zelve beschouwd zuiver toeval zijn.

§ 15.

Diligentia quam suis (culpa in concreto).

Tot nog toe hebben wij op de vraag, hoe men zich

[1] L. 31 pr. D. de A. E. V. (19.1).

in eenig contract te gedragen heeft, steeds een absoluut, voor allen geldend antwoord kunnen geven. Wel is waar oefenen de omstandigheden daarop genoeg invloed uit, om het regterlijk arbitrium ruime speling te laten, maar altijd is het of de diligentia omnium, of de diligentia diligentis pf., welke in de hoofdzaak den maatstaf uitmaakt: en in allen gevalle zijn ook die bijomstandigheden tegenover allen gelijk, en maakt de persoon des debiteurs of crediteurs hoegenaamd geen verschil. Bij vijf contracten (tutela, cura, dos, societas, rerum communio) is dit echter anders, voor zoover men daar niet de abstracte diligentia van een goed huisvader vordert, maar tevreden is, wanneer de debiteur „eam diligentiam adhibuit, quam suis rebus adhibere solet". Wat hiermede bedoeld wordt, moet daarom thans onderzocht worden.

De gewone voorstelling [1] is deze. Terwijl in het algemeen genomen ook deze contracten behooren onder die, waarin men culpa levis praesteert, is echter de maatstaf, waarnaar men onderzoekt, of zulk eene aanwezig is, een geheel andere dan de gewone. Alleen bij Aquilische culpa blijft de oude maatstaf gelden; bij de overige (waar het ons hier om te doen is) toetst men de verpligting van den schuldenaar niet aan het gedrag van een diligens paterfamilias, maar aan dat, hetwelk hij zelf gewoon is, in eigen zaken ten toon te spreiden. Is hij een diligens pf., dan valt zijne verpligting met die van den venditor, commodataris enz. zamen; is hij daarentegen min of meer nalatig, dan behoeft hij zich ook hier niet bijzonder in te spannen, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet. [2] De graad van culpa is dezelfde; de maatstaf, waarnaar beslist wordt, of die aanwezig is, is een andere.

---

[1] Vgl. Hasse, Cap. V, VII, § 40—62, 69—75; Unterh. I, 136, f; Puchta, § 266, i; Mommsen, a. w. S. 374—377.

[2] L. 72 D. pro Soc. (17.2).

Hiertegen kan men reeds dadelijk aanvoeren, dat het altijd onbegrijpelijk moet blijven, hoe de regter tot de kennis der noodige daadzaken zal geraken, om met eenige juistheid iemands doorgaand gedrag te bepalen. Hij zou hiertoe zijn geheelen levensloop van het eerste oogenblik af aan, dat hij zelfstandig handelen kon, moeten nagaan, en dan al zijne handelingen, met alle daarop inwerkende omstandigheden, moeten opsporen, en vergelijken, wilde hij de mate van ijver bepalen, welke iemand geregeld ten toon spreidt: en welk mensch zal tot zulk een onderzoek in staat zijn? Zelfs de schuldenaar niet, al wilde hij al zijne handelingen, ook als zij tegen hem pleiten, openbaren. En hoe zal men verder van het een tot het ander besluiten? Wanneer ik eenige jaren geleden een landgoed gekocht heb, welk mensch is dan in staat te zeggen (al heeft hij alle omstandigheden opgespoord), welke bepaalde mate van zorgvuldigheid ik daarbij betoond heb, en in hoeverre die afwijkt van die, welke ik bij het koopen van een tweede landgoed betoon? Zelfs al ware het dus mogelijk, tot de kennis van iemands geheele gedrag te komen, en hem daarnaar onder eene bepaalde categorie van zorgvuldigheid te rangschikken, ontbreken nog de gegevens, om met zekerheid op te maken [1], hoe hij met die bepaalde mate van zorgvuldigheid en onder die bepaalde omstandigheden had kunnen en moeten handelen.

Maar nog daargelaten die moeijelijkheid, is zulk eene scherpe afscheiding tusschen culpa in abstracto en in concreto niet met het gewone spraakgebruik der bronnen in overeenstemming. Ware zij juist, dan zou het van de Romeinen veel logischer geweest zijn, daarvan de hoofdverdeeling te maken, en dan eerstgenoemde weder-

[1] Dit wil Hasse: Es ist genug, wenn in diesen (sc. in eignen Sachen) ein *herrschender Grad* von Nachlässigkeit erwiesen werden kann, welcher im vorliegenden Fall die bewiesene Uebereilung, Unbedachtsamkeit, Trägheit *erwarten läszt*. a. w. § 40.

om in culpa lata en levis te deelen, omdat deze beide slechts als een meer of minder van hetzelfde genus tegen elkander overstaan, maar de culpa in concreto, naar een anderen maatstaf beoordeeld, in aard en wezen van de abstracte geheel verschilt. Deze onderscheiding grijpt dus dieper in, en had op den voorgrond moeten treden, in plaats van zich (zooals nu) in de andere te verliezen. En dat zij dit inderdaad doet, zal iedereen blijken, wanneer hij de titels, die over deze contracten handelen, doorloopt, en de tallooze wetten ontmoet, waarin van den voogd, vennoot enz. aansprakelijkheid voor dolus en culpa zonder meer gevorderd wordt [1]. Het is waar, dat HASSE deze spreekwijze verklaart, door het laatste woord evenzeer van de concrete, als de abstracte diligentia te verstaan; maar hierdoor wint het Romeinsche spraakgebruik weinig aan klaarheid, daar nu de uitdrukking „dolum et culpam praestare," die wij boven als een vast begrip hebben leeren kennen, alle beteekenis verliest, en, niet op eenige plaatsen (zooals dit volgens H. geschiedt), maar overal eene nadere aanwijzing behoeft, of men zich op abstract of op concreet gebied beweegt.

De meeste moeijelijkheden baren echter die wetten, waarin van den voogd enz. met ronde woorden de diligentia diligentis verlangd wordt [2], en dus ook op hen de abstracte maatstaf wordt toegepast, of wel hun verschillende verpligtingen opgelegd worden, voor welker nietnakoming men hen aansprakelijk stelt, zonder te vragen of zij zich in eigen zaken aan eene zelfde nalatigheid schuldig maken [3]. Kan men zich dus al met den dub-

---

[1] Zie vooral de boven (pag. 83) verklaarde, en meermalen aangehaalde L. 23 D. de R. J. (50.17), en l. 5 § 2 D. Comm. (13.6): maar ook de beneden (pag. 123) te noemen plaatsen, die daar als voorbeelden uit een grooter aantal gekozen zijn.

[2] Zie de later (pag. 127) te bespreken l. 10, 33 pr. D. de Adm. et P. Tut. (26.7), l. 3 § 7 D. de C. Tut. A. (27.4).

[3] Hiertoe behoort o. a. de verpligting van den voogd om een in-

belen zin van het woord *culpa* verzoenen, hier vallen alle concrete beschouwingen weg, en is de eisch zoo abstract mogelijk.

Het bestaan van zulk een tweeden maatstaf wordt dus vrij twijfelachtig; maar even juist als SCHAAF het bestaan daarvan bestrijdt [1], even zwak komt mij zijne oplossing van het raadsel voor. Hij toch wil, zooals in de Inleiding gebleken is, de verpligting van den voogd eveneens beoordeelen als die van den verkooper, huurder enz., dus (als men de Romeinsche terminologie behoudt) van allen regelmatig de diligentia diligentis pf. vorderen; maar staat dan den voogd, vennoot enz. de beperking toe, dat zij die verpligting alleen voor zoo ver hunne krachten reiken, behoeven te vervullen. De verkooper moet zich onbepaald zoo gedragen; de voogd moet zijn best doen om zoo te handelen, en is vrij, als hij gedaan heeft, wat hij kon. Om die geschiktheid van den voogd te leeren kennen, zal men dan ook wel op zijne gewoonten letten, maar andere omstandigheden kunnen evenzeer bij dit onderzoek van dienst zijn, en de regter heeft alleen dit uit te maken, of de voogd, met de vermogens, die hem ten dienste stonden, al dan niet beter had kunnen handelen.

Het voornaamste bezwaar tegen deze uitlegging is wederom, dat zulk een regter, die in staat is, om de gaven en vermogens der menschen te leeren kennen, en hen daarnaar in categoriën te rangschikken, meer dan aardsche hoedanigheden dient te bezitten. De regter kan uitmaken, hoe een ijverig mensch zou gehandeld hebben;

---

venteris te maken, de roerende goederen te verkoopen, de losgekomen kapitalen te beleggen; en die van den echtgenoot, om de in dotem ontvangen vorderingen op te eischen, of zich in het bezit der fundi dotales te stellen. Zie l. 33, 41 § 3, l. 56 pr. D. de Jure dot. (23.3), l. 16 D. de Fundo dot. (23.5), l. 3 § 2, l. 7 pr. § 1, 15, l. 15, 58 § 3 D. de Adm. et P. Tut. (26.7).

[1] Zie a. w. § XI, XII, S. 182—211.

maar uit het gewone gedrag van den schuldenaar of uit andere omstandigheden af te leiden, welk eene mate van verstand deze ontvangen heeft, en of hij met die mate alles gedaan heeft wat hij kon, om dit ideaal te bereiken, is nog veel zwaarder, dan uit dit gedrag de mate zijner diligentia af te leiden, en hem daarnaar te beoordeelen. Aldus in het hoofd en de gemoederen der menschen te lezen, om op de daardoor verkregen resultaten zijne eischen te bouwen, is den menschen niet gegeven.

Maar daarenboven strijdt deze voorstelling (wat die van HASSE niet doet) lijnregt tegen de woorden, waarmede de Romeinen deze soort van diligentia uitdrukken. In die woorden wordt nimmer van begaafdheden of vermogens, maar alleen van gewoonte gesproken, en steeds op de diligentia, quam suis rebus adhibere *solet*, gewezen, niet als een of ander hulpmiddel om tot de kennis der gevraagde diligentia te komen, maar als de gevorderde zorgvuldigheid zelf. Ook zijne uiteenzetting kan ons derhalve niet geheel bevredigen.

Men heeft dus aan den eenen kant die wetten, welke van den voogd, enz. de volle diligentia diligentis pf. schijnen te vorderen, of die hem zonder eenige verdere aanwijzing te midden van den verkooper, locator, negotiorum gestor e. a. noemen, en mitsdien tot eene volkomen gelijkstelling leiden: en daartegenover andere, waarin men zijne aansprakelijkheid aan een concreten maatstaf schijnt te toetsen, in aard en wezen zoo geheel van den gewonen, abstracten maatstaf verschillende, dat het eene klove teweeg brengt, dieper dan die, welke de genoemde contracten van het depositum, precarium enz. scheidt, die ten minste een maatstaf van dezelfde natuur, zij het ook van minder uitgebreidheid, aannemen [1]. Naast

[1] SCHÖMAN, I, S. 309—312, verklaart deze tegenstrijdigheid zoo, dat de abstracte eisch geldt voor hen, die dadelijk bij het bereiken hunner meerderjarigheid in den echt treden of eene maatschap aangaan, en die

deze eerste zwarigheid bestaat eene tweede daarin, dat men zich wel den eersten, maar niet den tweeden maatstaf helder voorstellen kan, en noch de eischer, noch de regter, noch zelfs de gedaagde tot een bepaald begrip zal kunnen komen van dien maatstaf, waarnaar zij zich te rigten hebben.

Beide deze zwarigheden vallen echter weg, wanneer men het wezen der diligentia q. s. anders opvat, en, in overeenstemming met de verdeeling, die in l. 23 D. de R. J. en l. 5 D. Comm. heerscht, de contracten, welke haar gebied uitmaken, niet zoo scherp van de overige afscheidt, als HASSE en de zijnen, wel niet met woorden, maar toch inderdaad, doen. Deze wetten weten van geen verschillenden maatstaf, en spreken van de contracten, welke „et dolum et culpam recipiunt", zoo, alsof daarbij, wat de hoofdzaak betreft, geene verdere splitsingen te maken waren. In verband met de andere boven aangehaalde plaatsen, maar vooral met l. 10 en l. 33 pr. D. de Adm. et P. Tut. (26.7), leiden zij tot de gevolgtrekking, dat ook in deze contracten geen andere maatstaf aan te nemen is, en dat hetgeen gevorderd wordt, ook hier bestaat in de diligentia diligentis pf. Ook theoretisch is dit volkomen juist: immers wanneer het waar is, wat wij in § 12 hebben zoeken aan te toonen, dat het niet willekeurig is, zoo de Romeinen in de b. f. obligationes van den schuldenaar de diligentia diligentis pf. vorderen, maar dat dit integendeel bij den veronderstelden wil der

---

dus in hun eigen zaken geene antecedenten hebben, om hunne diligentia uit op te maken. Niets regtvaardigt echter zulk een wonderlijke verklaring. Anderen stellen de abstracte en concrete diligentia als eisch en exceptie tegenover elkander: zoodat de eischer regt heeft van den schuldenaar de diligentia diligentis te vorderen, deze evenwel vrij is, wanneer hij de diligentia quam suis betoond heeft. Het ware dan wel zoo eenvoudig geweest, dien abstracten maatstaf, die tot niets dient, maar achterwege te laten en te zeggen, dat de eischer niets meer dan vergoeding der culpa in concreto vorderen kan.

partijen niet anders denkbaar is, kan het niet anders, of ook hier moet dezelfde regel gelden. De socius, die zich een medgezel in de eene of andere bezigheid zoekt, de vader, die stervende de verzorging zijner kinderen aan eenen vriend toevertrouwt, de vrouw, die hare goederen aan haren echtgenoot ter besturing overdraagt, doen dit, evenzeer als ieder ander contractant, in de veronderstelling, dat zij met ijverige menschen te doen hebben: en deze allen in hunne verwachting teleur te stellen, door hier met een buitengewonen maatstaf voor den dag te komen, dien zij onmogelijk voor den geest kunnen gehad hebben, (wie van hen is toch in de gelegenheid geweest om te onderzoeken, welke bepaalde mate van zorgvuldigheid de door hen gekozen voogd of echtgenoot of vennoot in zijn eigen zaken betoont; aangenomen, dat iemand dit weten kan?) hiertoe wordt men door niets bewogen.

Maar wat beteekenen dan de woorden: „diligentia quam suis"? Tot de juiste beantwoording dezer vraag moet men zich de omstandigheid te binnen brengen, welke SCHAAP bij eene andere gelegenheid aanhaalt [1], en hier (vreemd genoeg) verzuimt, dat nl. het gedrag van den schuldenaar altijd in een complex van verrigtingen zal uiteen vallen. Als voorbeeld en als leiddraad voor regter en schuldenaar geldt de innerlijke maatstaf der diligentia diligentis pf.: maar datgene, waarin zich die naar buiten openbaart, datgene, waarop die maatstaf toegepast wordt, bestaat uit een aantal naar de onderscheidene behoeften verschillende handelingen. Als men dus maar niet met SCHAAP de diligentia diligentis pf. geheel wegwerpt, omdat die altijd noodig is om den maatstaf aan te geven, kan men wel erkennen, dat het gedrag van den schuldenaar zich uitwendig openbaren zal in een complex van verrigtingen.

Bedenkt men thans, welke de contracten zijn, die di-

[1] Vgl. boven p. 44.

ligentia q. s. opnemen, dan valt spoedig in het oog, dat zij allen dat gemeen hebben, dat de gedaagde daarbij eene administratie van vreemde belangen op zich neemt, welke zoo uitgebreid en langdurig is, en zoozeer met het beheer van zijn eigen vermogen zamensmelt, dat het niet anders kan, of hij moet beide over ééne kam scheren. Een verkooper heeft eene bijzondere zaak gedurende een zekeren tijd onder zijn opzigt, een mandataris heeft een of meer bepaalde negotia te verrigten, een huurder of leener ontvangt eene enkele zaak; zij kunnen dus daarop hunne aandacht gevestigd houden, en bij al, wat zij met die zaak of in dat negotium doen, bedenken, of zij wel zoo handelen als een goed huisvader. Doch de voogd en echtgenoot, die voor lange jaren het vermogen van den pupil of der vrouw onder hunne hoede gesteld zien, de vennoot, wiens goederen en belangen zich geheel met die van zijnen medevennoot vermengen, zij kunnen dit niet telkens bedenken: hunne administratie zal zich meer tot algemeene maatregelen bepalen, die voor beide vermogens, het hunne en het vreemde, gelijkelijk van toepassing zullen moeten zijn.

En hierin ligt ook niets onregtmatigs van hunne zijde. Door in hun eigen vermogen zoo te handelen, erkennen zij dat zij het door hen gehouden gedrag voldoende rekenen om schade te voorkomen, of m. a. w. dat het in hunne meening met het gedrag van een goed huisvader overeenkomstig is: zij meenden genoeg te doen. Het is waar, dat de huurder of leener zich daarmede niet zal kunnen verontschuldigen: maar zij hadden ook slechts enkele zaken onder zich, die zij zeer goed van hun eigen onderscheiden konden, en waaromtrent zij wat meer dan gewoonlijk konden nadenken: de echtgenoot daarentegen, die een geheel vermogen onder zich heeft, wiens zaken noodwendig met die zijner vrouw zamenkomen, bij hem zou het onbillijk zijn, in zulk een geval al te streng te wezen. De andere partij heeft dan ook tot zulk eene

gestrengheid geen regt; daar bij het aangaan dezer contracten de ijver des schuldenaars geheel op den achtergrond stond, en het alleen liefde of vriendschap waren, die de vrouw of den vennoot bewogen hebben, om zich in eene betrekking te plaatsen, waardoor hunne goederen onder zijn beheer kwamen.

In het algemeen genomen vordert men dus ook van den tutor, den maritus enz. de diligentia diligentis in abstracto: maar wanneer door die diligentia eene zekere handeling gevorderd werd, die zij door hun gedrag in eigen zaken toonen, daaronder niet te begrijpen, is hij vrij, wanneer hij zich te dien aanzien als altijd gedragen heeft. Wij willen dit met een paar voorbeelden ophelderen, alvorens tot het bespreken der hiertoe betrekkelijke wetten over te gaan.

Een voogd verhuurt het huis van zijnen pupil zonder huurcedul: is hij aansprakelijk? Volgens Hasse moet men uit zijne overige gedragingen trachten op te sporen, hoeveel ijver hij gewoonlijk betoont, en dan daarnaar beslissen, hoe een mensch met die mate van diligentia te dezen aanzien handelen zal. De vraag blijft dan, hoe men dit doen wil. Met welk regt toch zal men uit de omstandigheid, dat hij vroeger bij het koopen of verhuren van huizen in ieder opzigt zoo en zoo handelde, kunnen afleiden, of hij thans voor zich een huurcedul zou gevorderd hebben? Schaaf wil, dat de regter zal onderzoeken, welk eene mate van geschiktheid de voogd bezit, en hoe een man met dat verstand handelen kan, maar evenzeer stelt hij hier den regter twee onoplosbare vragen. Men moet dus van den gedaagde de abstracte diligentia vorderen, en de regter heeft niets te doen dan uit te maken, hoe een diligens pf. daarbij handelen zou: maar dan staat den voogd nog het bewijs vrij, dat hij zelf ook huizen heeft, en het daarbij zijne vaste gewoonte is, geen huurcedul te vorderen; hij heeft daarin nooit gevaar gezien, hoe zou hij er thans

voor bevreesd zijn geweest? Had hij zelf geene huizen, dan moet hij als ieder diligens pf. handelen, omdat er geene sprake kan zijn van iets, wat hij zich in eigen zaken ten regel gesteld heeft: heeft hij slechts eens een huis van zich zelf verhuurd, dan zal dit voorbeeld genoeg zijn, en behoeft niet door een bewijs van zijn gedrag in andere opzigten aangevuld te worden; heeft hij voor zich zelf nu eens zoo, dan weder anders gehandeld, dan vervalt het voorregt weder, omdat daaruit (wanneer er geen andere redenen voor waren) blijkt, dat hij toch aan de veiligheid van zijn gedrag twijfelde; maar als het werkelijk zijne gewoonte was, die voorzorg voor zich niet te nemen, dan behoeft hij het voor zijnen pupil ook niet te doen.

Een voogd heeft een proces, en begaat daarin eenig verzuim: is hij aansprakelijk? Hasse en Schaaf vorderen weder het onmogelijke onderzoek naar zijn gewoon gedrag of zijne bekwaamheid, en willen daarvan doen afhangen, hoe hij zich in dat proces had moeten en kunnen gedragen. Ten onregte: men vraagt wederom eerst, hoe een diligens pf. zou handelen, en laat dan den voogd toe te bewijzen, dat het zijne regelmatige gewoonte is, zulke fouten in zijne processtukken te maken, of zulke termijnen over het hoofd te zien. Maar hier doet zich een nieuw verschijnsel op. Een ieder zal gevoelen, dat van zulk eene gewoonte, om in eigen processen termijnen te verzuimen, geene sprake kan zijn, en het voorregt dus hier moet wegvallen; een resultaat, dat (zooals wij zullen zien) geheel in overeenstemming met de bronnen is. Alleen dus zulke verzuimen, als men zich werkelijk tot eene gewoonte, eenen gedragsregel maken kan, worden in den voogd verontschuldigd: onder bijzondere omstandigheden, waar iedere verpligting op zich zelve staat, en van geene gewoonte sprake kan zijn, blijft de regel der abstracte diligentia stand houden.

Een voogd is verpligt een inventaris te maken: is hij

bij verzuim hiervan aansprakelijk? Volgens HASSE en SCHAAF zou hij zich kunnen bevrijden, door aan te toonen, dat hij zich in zijn eigen zaken zoo nalatig gedroeg of met zoo weinig verstand bedeeld was, dat zijn verzuim vergefelijk moet schijnen: de Romeinsche bronnen kennen echter zulk eene beperking op die verpligting niet, en in ons stelsel is zij ook niet aannemelijk. Wie toch zal zeggen, dat eenig voogd het zich in zijn eigen vermogen tot eene gewoonte heeft gemaakt, geene inventarissen te maken? Bij eene verpligting, die niet in eigen zaken kan voorkomen, maar zich geheel tot de administratie van voogdijschappen beperkt, kan van een zoodanige gewoonte geene sprake zijn. [1]

Door deze opvatting der diligentia quam suis wordt haar gebied zeker aanmerkelijk verkleind, en worden de contracten, die haar opnemen, veel nader gebragt aan die, welke geheel de abstracte diligentia bevatten: maar valt ook menige zwarigheid weg. Wij moeten haar evenwel thans nog aan de uitspraken der bronnen toetsen, na vooraf opgemerkt te hebben, dat nergens eenige omschrijving of een voorbeeld der diligentia q. s. voorkomt, en de uitlegger hier dus, zooals SCHAAF teregt opmerkt, eene groote vrijheid geniet. De vraag is alleen: met welke voorstelling strookt de wijze, waarop zij vermeld wordt, het beste?

En dan moeten hier in de eerste plaats wederom die wetten vermeld worden, welke den grondslag van de geheele leer der culpa uitmaken, de boven (pag. 83 en 86) verklaarde l. 23 D. de R. J. en l. 5 § 2 D. Comm. In beide worden alle contracten, die culpa levis bevatten, zonder meer door elkander genoemd; en vooral in de laatste met eene schijnbaar groote verwarring de locatio, de dos, het pignus en de societas achter elkander ge-

[1] Zie meerder zulke voorbeelden in de wetten, boven pag. 114 aangehaald.

plaatst, zonder dat zelfs verwijderd te kennen gegeven wordt, dat eenig verschil van aanbelang het eerste en derde van het tweede en vierde contract scheidt. De beste uitlegging is dus die, welke eveneens het minste verschil daartusschen maakt, d. i., naar het mij voorkomt, de zoo even gegevene.

Daarop volgen de talrijke plaatsen, waarin van den voogd, vennoot enz. in het algemeen aansprakelijkheid voor dolus en culpa gevorderd wordt. Als voorbeelden haal ik slechts aan:

L. 7 C. Arb. Tut. (5.51)

Quidquid tutoris dolo vel lata culpa aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent non adquisierint, hoc in tutelae seu negotiorum gestorum utile judicium venire, non est incerti juris.

L. 65 § 9 D. pro Soc. (17.2)

Morte unius societas dissolvitur,.... sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo, quod ex ante gesto pendet, tam ab herede quam heredi praestandum est.

L. 25 § 1 D. Sol. Matr. (24.3)

Maritum in reddenda dote de dolo malo et culpa cavere opertet.

Vgl. l. 32 § 1, l. 39 § 2, 3, 7, 13, l. 41 D. de Adm. et P. Tut. (26.7), l. 18 D. de Tut. et Rat. (27.3), l. 18 § 1, l. 49 § 1, l. 66 pr. D. Sol. Mat. (24.3), l. 19—23, 25, 52 § 1, 2, 11 D. pro Soc. (17.2), l. 16 § 4 D. Fam. Erc. (10.2), l. 20, 26 D. Comm. Div. (10.3), l. 10, 12, 23 C. de Adm. Tut. (5.37).

Het is waar, dat deze plaatsen (welker aantal aanzienlijk vermeerderd zou kunnen worden) niet direct in tegenspraak met Hasse zijn, daar uit de woorden „dolum et culpam recipit" niet noodwendig volgt, wat die culpa is; maar bij het gewone gebruik, dat men van die woorden maakt, om de abstracte diligentia diligentis uitte drukken, laat zich eenig aanmerkelijk verschil tusschen

de dos, societas enz. en de overige contracten moeijelijk denken. Nog sterker wordt deze onwaarschijnlijkheid, wanneer men de aansprakelijkheid voor diligentia q. s. als het uiterste, aan den casus grenzende vindt voorgesteld, zooals geschiedt in:

L. 52 § 3 D. pro Soc. (17.2)

Damna, quae imprudentibus accidunt, h. e. damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque.... commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit.

Bezwaarlijk zou ULPIANUS van den commodataris sterker uitdrukkingen hebben kunnen gebruiken.

Wij zijn thans echter genaderd tot die plaatsen, waarin de aansprakelijkheid voor diligentia q. s. duidelijker wordt omschreven, t. w.

L. 72 D. pro Soc. (17.2)

Socius socio etiam culpae nomine tenetur, i. e. desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet.

L. 25 § 16 D. Fam. Erc. (10.2)

Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres:.... non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias..... Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.

Vgl. § 9 I. de Soc. (3.25), l. 18 pr. D. Comm. (13.6).

Even als bij de emtio, locatio enz., stelt men op den voorgrond, dat het contract dolus en culpa opneemt, en voegt er dan, wanneer het op de aestimatio dier culpa aankomt, de beperking aan toe, dat zij niet ad exactissimam diligentiam moet uitgebreid worden, maar dat het genoeg is, eam diligentiam praestare quam suis. Hoe onlogisch, wanneer tusschen die beide een zoo aanmerkelijk verschil in wezen en begrip bestaat, als een geheel onderscheiden maatstaf noodwendig moet opleveren!

In andere wetten wordt dezelfde verpligting uitgedrukt

door: „culpa et diligentia quam suis"; waarbij men echter wel bedenken moet, dat het eerste woord niet de culpa in faciendo, noch ook de culpa Aquiliana aanwijst, maar dat deze spreekwijze niets anders zeggen wil dan de vorige: „dolus en culpa, en wel deze laatste als diligentia q. s." Men vindt deze uitdrukking in:

L. 1 pr. D. de Tut. et Rat. (27.3)

In omnibus quae fecit tutor, quum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.

L. 17 pr. D. de Jure Dot. (23.3)

In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accepit, sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet [1].

Al deze plaatsen, ofschoon ik meen, dat zij de boven gegeven uitlegging waarschijnlijk maken, passen evenwel (dit moet erkend worden) in alle systemen evenzeer, en kunnen dus voor geen als eigenlijke bewijzen worden aangevoerd: wij komen thans echter tot enkele, waaruit m. i. de juistheid van onze resultaten meer direct blijken zal. Wij voeren daartoe in de eerste plaats aan:

---

[1] Het is waar dat men deze woorden, zooals Hasse (§ 54) wil, wel van eene nadere omschrijving van het woord culpa *kan* verstaan: maar toch komt mij deze uitlegging bij l. 1 pr. cit. veel aannemelijker voor dan op deze plaats. De woorden *sed etiam* kunnen slechts zeer gedwongen zoo uitgelegd worden, dat zij niet iets meer dan het voorgaande te kennen geven: en zoo zou deze wet sterk voor het stelsel van Donellus en von Löhr pleiten. Daar dit evenwel om andere, meermalen gemelde redenen niet aangenomen worden mag, komt mij voor, dat de eenvoudigste uitweg is, in plaats van *etiam* het daarmede veel overeenkomst hebbende *eam* te lezen: tam dolum quam culpam, sed eam diligentiam praestabit, quam cet. Deze wet zou dan onder dezelfde categorie als l. 72 D. pro Soc. en de andere boven aangehaalde vallen, en geene zwarigheden opleveren. Wil men dit echter niet, dan kan zij wel verklaard worden, maar zal toch in geen systeem, buiten dat van Donellus, ongedwongen passen.

L. 57 pr. D. de Adm. et P. Tut. (26.7)

Chirographis debitorum incendio exustis, cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam cogere, cum idem circa proprios [1] debitores propter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum: an si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, judicio tutelae consequantur? Respondit, si adprobatum fuerit, eos tutores hoc per dolum vel culpam praetermisisse, praestari ab his hoc debere.

Door een brand zijn schuldbekentenissen, die den pupil toekwamen, verloren gegaan, en de voogden verzuimen dit nadeel te herstellen, ofschoon zij hiertoe in staat waren. Men vraagt dan niet, welk een graad van nalatigheid zij regelmatig in hun eigen zaken betoonen, veel minder, hoeveel verstand zij hebben; maar alleen hoe zij dit zelfde geval in hun eigen zaken behandeld hebben. Er wordt niet eens in aanmerking genomen, of zij zelve vroeger ook wel eens schuldbekentenissen hebben verloren, en hoe zij daarbij handelden: alle omstandigheden zouden zeer gelijk moeten zijn, wilde dit eenigen invloed op de vraag uitoefenen; maar alleen wanneer bij dienzelfden brand ook hun eigen papieren zijn verloren gegaan, en zij eveneens verzuimd hebben, hun eigen schuldenaren tot betaling of novatie te dwingen, alleen dan kunnen zij zich op dit gelijke verzuim tot hunne verontschuldiging beroepen. Eerst dan kunnen zij met eenig regt beweren, in hun eigen gedrag getoond te hebben, dat zij voor zich deze bepaalde handeling niet onder de pligt van een diligens pf. begrepen.

---

[1] Zoo lezen vele oude uitgaven, o. a. Senn. (Lugd. 1550) Par. 1529, Par. 1548 et Lugd. 1575, ibid. 1604. De Cod. Flor. heeft *priores*, wat echter om de tegenstelling met deb. pupillorum, en om het niets beteekenende, wat die opgaaf hebben zou, klaarblijkelijk verkeerd is. In allen gevalle zou men dan tot regt begrip der plaats datzelfde moeten veronderstellen, wat er thans in gezegd wordt; vgl. Hasse, § 50.

Nog duidelijker spreken:

L. 10 D. de Adm. et P. Tut. (26.7)

Generaliter, quotiescunque non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi; sive igitur solutionem, sive judicium, sive stipulationem detrectat, defendi non videtur.

L. 33 pr. D. eod.

A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.

Ten einde de antinomie op te lossen, welke schijnbaar tusschen deze plaatsen en l. 1 pr. D. de Tut. (27.3) bestaat, vat Hasse de hier gebruikte uitdrukkingen van de culpa lata op, zoodat zij beteekenen, dat de voogd zich niet met de bewering, dat hij in eigen zaken eveneens handelt, verontschuldigen kan, als zijne handeling eene culpa lata daarstelt. „Quot. non fit, quod *quivis pf. idoneus* facit," is hetzelfde als „quod *omnes* faciunt," daar *idoneus* niet de engere beteekenis van *diligens* heeft, maar eene ruimere: ieder mensch, die zijn gezond verstand heeft. Eveneens is „ea dilig., quam pf. rebus suis ex bona fide pr. d." de diligentia omnium; eerst wanneer men deze verzuimt, kan men zeggen dat men ook in eigen zaken contra bonam fidem handelt, betoont men die slechts, dan kan men negligens zijn geweest, maar de goede trouw blijft ongeschonden. Hoe scherpzinnig deze uitlegging ook wezen moge, geloof ik echter dat zij niet geheel voldoen kan. Immers wie zal ooit van een mensch, die zich in zijne handelingen bepaalt tot de toepassing van id, quod omnes intelligunt, de uitdrukking „paterfamilias *idoneus*" bezigen? Het is waar dat dit woord welligt een weinig minder sterk is dan *diligens*; het is waar dat in de leer der voogdijschappen [1] de uit-

[1] Hasse haalt hierbij aan § 5,6 I. de Cur. (1.23).

drukking *idoneus* (sc. ad gerendam tutelam) gebruikt wordt van ieder, die niet door minderjarigheid of krankzinnigheid belet wordt voogd te wezen: maar dit is eene eigenaardigheid van het woord, welke men ook bij ons woord *bekwaam* aantreft. Bekwaam om voogd te zijn, is ook volgens onze taal ieder meerderjarige: maar daarom zal niemand op die allen in het algemeen de uitdrukking „bekwame menschen" toepassen.

Nog veel minder strookt deze uitlegging echter met l. 33 pr. cit.; want ofschoon *bonam fidem praestare* wel eens [1] gebruikt wordt voor *dolum praestare*, staat dit woord hier in een geheel anderen zin; en wie zal beweren, dat een huisvader ter goeder trouw alles heeft gedaan wat hij moest, als hij zich in zijn gedrag tot het vermijden eener culpa lata bepaald heeft? Ook zou men, door HASSE's uitlegging aan te nemen, hier tot het resultaat komen, dat volgens CALLISTRATUS van den voogd alleen die diligentia gevorderd kon worden, welke met het vermijden der culpa lata overeenstemt. Eindelijk wordt deze uitlegging nog gelogenstraft door:

L. 3 § 7 D. de Cont. Tut. A. (27. 4)

Sufficit tutori, bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est.

In verband met deze wet (waar op de meest abstracte wijze diligentia gevorderd wordt) kunnen ook de beide boven aangehaalde plaatsen moeijelijk anders dan van de diligentia diligentis pf. verstaan worden: een resultaat, dat ons echter na de voorgaande ontwikkeling geene zwarigheden meer baren kan. In deze wetten toch wordt in den regel (*generaliter*) van den voogd de administratie van een goed huisvader verlangd; en teregt, in het algemeen genomen moet hij ook zijn gedrag daarnaar inrigten, en alleen dan, wanneer door dien regel een bepaalde han-

[1] Zie b. v. l. 68 pr. D. de C. E. (18.1), boven pag. 43; en l. 35,40 D. pro Soc. (17.2).

deling gevorderd wordt, welke de voogd door zijn gedrag in eigen zaken toont, daaronder niet te begrijpen, wordt door eene zachtere interpretatie zulk een verzuim hem niet toegerekend. In alle andere gevallen, wanneer in des voogds eigen zaken zulk eene handeling niet te pas kwam, of wel wanneer het zoodanige geheel op zich zelf staande handelingen betreft, dat daarbij aan een vasten regel of gewoonte (*solere*) niet te denken is, valt deze goedgunstige beperking weg, en blijft de regel, dat de voogd, socius enz., tot de zorg van een goed huisvader verbonden zijn. Door dus ook hier in den grond denzelfden maatstaf aan te nemen, blijft men de wijze, waarop de bronnen van deze contracten spreken, het meest getrouw.

§ 16.

Verdeeling der contracten naar de praestatio culpae.

In de vorige paragrafen hebben wij de verschillende graden en soorten van *culpa* nagegaan: het is ons gebleken, hoe alle toegebragte schade of onder het gebied van den casus, of onder dat der culpa valt, al naar dat de oorzaak daarvan eene toevallige of eene toerekenbare geweest is. Het is ons verder gebleken, hoe die toerekenbaarheid of daarin bestaan kan, dat men het schadelijke gevolg voor oogen heeft gehad (*dolus*), of daarin, dat het aan eene zoodanige negligentia toe te schrijven is, als door het contract gewraakt wordt (*culpa*), onder welke categorie alsdan zelfs toevallige rampen vallen, wanneer zij slechts door de gevorderde mate van zorgvuldigheid hadden kunnen voorkomen worden (*custodia*). Bij het nadere onderzoek naar de vraag, hoe groot die mate van diligentia wezen moet, hebben wij die zoo beantwoord, dat in enkele contracten behalve den dolus slechts die gevallen bestraft worden, waarin men zich, om de beschuldiging van dolus af te weren, zou moeten beroepen op eenen error injustus, improbabilis (*culpa lata*): doch dat men

in de meeste slechts dan bevrijd is, wanneer men blijkt gehandeld te hebben, zoo als een diligens paterfamilias doet (*culpa levis*). Eindelijk is ons gebleken, dat deze mate van zorgvuldigheid, ofschoon in den grond dezelfde blijvende, toch onder den invloed van verschillende omstandigheden staat, voor zoover er aan den eenen kant enkele contracten zijn, waarin de regter ten gevolge van den bijzonderen aard van het contract tot meerder strengheid genoopt wordt (*culpa et diligentia*); en aan den anderen kant eenige, waarin eene mildere interpretatie plaats heeft, zoodat den gedaagde niet toegerekend worden zoodanige verzuimen, als wel eigenlijk met het gedrag van een goed huisvader in strijd zijn, doch welke hij door zijn gedrag in eigen zaken toont voor onschadelijk te houden (*diligentia quam suis*).

Daarmede zijn de onderscheidene gevallen der niet-aquilische culpa aangegeven, en is het systeem daarvan tot eene groote eenvoudigheid en gemakkelijkheid gebragt, die, geheel in overeenstemming met den aard der bonae fidei contracten den regter de meest mogelijke ruimte overlaat. Wij hebben thans nog alleen de vragen te beantwoorden: wanneer en waarom wordt de aansprakelijkheid van den schuldenaar tot dolus (en culpa lata) beperkt? wanneer en waarom komt bij de praestatio culpae levis de strengere of zachtere wijziging voor? Wij kunnen hierbij echter kort zijn, daar deze vragen door Donellus, Hasse, Bethman-Hollweg en Mommsen [1] reeds volledig beantwoord zijn, of wel in den loop der voorgaande uiteenzetting tevens zijn aangeroerd.

I. In welke gevallen wordt alleen dolus (en culpa lata) gepraesteerd?

Wanneer men zich bij de beantwoording dezer vraag

---

[1] M. z. Don., Comm. l. c. n. 19—37; Hasse, a. w. passim, doch bovenal Cap. 7, 9, 11; Bethman-Hollweg, in zijne uitg. van H., Anhang IV; Mommsen, a. w. Bd. III, Beil. 4, S. 391—406.

te binnen brengt, wat wij boven [1] van den regtsgrond der praestatio culpae gezegd hebben, en hoe wij dien vooral daarin gevonden hebben, dat de eischer zelf den schuldenaar de gelegenheid gegeven heeft, om, ofschoon binnen den kring zijner regtsbevoegdheid blijvende, toch op zijne belangen in te werken; wanneer men daarbij bedenkt, hoe hij dit vertrouwen alleen betoond heeft in de veronderstelling, dat de andere hem niet zou teleur stellen, maar als een goed huisvader handelen, dan is de beantwoording van deze vraag niet moeijelijk. Immers, ten einde de eischer regt hebbe, om op zulk een toon te spreken, is een der eerste vereischten, dat beide partijen als gelijken tegen elkander overstaan; het voorregt, dat een ander tegen den gewonen regel aansprakelijk zal zijn voor schade, die men uit zijne geoorloofde handelingen lijdt, dient men toch wel door eenige opofferingen gekocht te hebben. Is dit het geval niet, was het contract van zijne zijde eene zuivere welwillendheid, dan kan men zoo niet spreken: men heeft door het contract zelf reeds eene gunst ontvangen, en kon men nu nog bovendien diligentia van de andere partij vorderen, zonder zelf iets te doen, wat daartegen op kan wegen, dan zou de gelijkheid tusschen de beide partijen geheel verbroken worden. De verpligting van den contrahent wordt uitgebreid tot buiten de gewone gehoudenheid van alle burgers door de lex Aquilia: dit was men aan de goede trouw, en aan het vertrouwen, waarmede de ander zelf tot de schade gelegenheid had gegeven, verschuldigd; maar daaraan is voldaan, wanneer men hem slechts verhindert om ter kwader trouw zijn beneficium in een damnum te verkeeren; tot diligentia kan hij niet gehouden zijn, omdat van zijne zijde geen belang, geen interesse aanwezig is [2].

[1] Z. bov. § 10 vgl. § 12.

[2] Bij de innominaat-contracten wordt hiervan zelfs het geheele bestaan der obligatio afhankelijk gemaakt, l. 7 § 2 D. de Pact. (2.14).

Teregt wordt dus de vraag naar de praestatio doli of culpae zoo beslist, dat hij, die voordeel uit de verbindtenis heeft getrokken, ook tot diligentia verpligt is, en hij, die geen belang had, alleen dolus behoeft te verantwoorden. Dit blijkt b. v. uit

L. 5 § 2 D. Comm. (13.6)

(Zie boven pag. 86).

L. 108 § 12 D. de Legat. I. (30)

Cum quid tibi legatum fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus bonae fidei observatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.

L. 17 § 2 D. de Pr. V. (19.5)

Secundum haec, si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico, propter utilitatem, periculum non. Si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum: quia prope depositum hoc accedit.

Vgl. § 4 I. q. m. r. (3.14), l. 5 § 10, l. 10 § 1 D. Comm. (13.6), l. 31 D. Loc. (19.2), l. 1 § 5 D. de O. et A. (44.7), l. 61 § 6 D. de Furt. (47.2).

Past men dien regel op de onderscheidene contracten toe, dan zijn er vooral drie, waarbij alleen dolus geprae-steerd moet worden, t. w. de verpligting van den commodans, het depositum, en het mandatum [1], buiten de con-

[1] De *negotiorum gestio* behoort hier niet bij, omdat men daar zich zelf aanbiedt, en dus reeds daardoor diligentia schijnt te belooven; evenzeer als de voogd, die zich zelf heeft aangeboden. De *donatio* is volgens het R. r. geen contract, maar eene bijkomende omstandigheid, welke zich bij de mancipatie, de stipulatie en andere regtshandelingen kan voordoen.

tractus innominati, die niet a priori op te geven zijn: en inderdaad is dit het resultaat, waartoe enkele Romeinsche regtsgeleerden kwamen [1]. Teregt evenwel heeft JUSTINIANUS in zijne wetgeving de meening van anderen bevestigd, waardoor het mandaat aan dien regel onttrokken wordt; want, ofschoon het waar is, dat volgens het Romeinsche regt dit contract geheel gratuit is, en alleen in het belang van den mandans wordt aangegaan, is het gevolg, dat men hieruit wil trekken, alsof de partijen bij het aangaan der overeenkomst geene diligentia op het oog hadden, geheel onjuist. Had de mandans dit voorzien, hij zou zijne belangen niet aan den mandataris hebben toevertrouwd, maar ze zelf hebben waargenomen: thans heeft hij ze aan hem overgegeven, maar natuurlijk alleen in de veronderstelling, dat hij bij die verwisseling geen nadeel zou hebben. „Quid mandare? Est committere negotium aliquod alteri gerendum. Non geritur autem nisi industria et diligentia ad rem gerendam necessaria. Quare qui gerendum suscipit, hanc ipsam industriam in se futuram recipere videtur" [2]. De door ons op den voorgrond gestelde regel, dat alles van

---

[1] Vgl. b. v. MODESTINUS, Lib. II Differ. (Coll. X, 2): Commodati judicio conventus etiam culpam praestare cogitur; qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur; in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur, et ibi dolus tantum praestatur. Sed in ceteris quoque partibus juris ista regula custoditur; sic enim et in fiduciae judicio, et in actione rei uxoriae et dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit. In mandati vero judicio dolus, non etiam culpa deducitur, quamvis singulariter denotare liceat in tutelae judicio utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur. — Even als overal, waar de Romeinen een algemeen overzigt van de leer der culpa geven, wordt hier alleen van de onderscheiding in dolus en culpa (zonder verschil van dil. dil. en dil. q. s.) gewag gemaakt; en de regel van het belang zoo streng mogelijk toegepast.

[2] DONELLUS, l. c. n. 24.

den waarschijnlijken wil der partijen afhankelijk is, voert dus bij het mandaat tot de gevolgtrekking, dat, zij het al niet op grond van het belang, dan toch om andere redenen partijen bij het aangaan der overeenkomst diligentia hebben verwacht en beloofd: zoodat de mandataris ook voor culpa levis aansprakelijk wordt gesteld. En hierin ligt geene inconsequentie, geen omverwerpen van den eens gestelden regel: de bonae fidei obligationes kennen slechts één regel, de goede trouw en den veronderstelden wil der partijen, alle andere regels kunnen hulpmiddelen zijn om daartoe te geraken, zoodra eene te strenge doorvoering het summum jus in summa injuria zou verkeeren, vallen zij weg, om voor andere hulpmiddelen plaats te maken, wanneer slechts de goede trouw gehandhaafd blijft.

Van de contractus nominati zijn er dus slechts *twee*, waar men veronderstellen kan, dat partijen bij den aanvang bedoeld hebben, hunne verpligting tot de praestatie van dolus te beperken, de verpligting nl. van den commodans en van den depositaris: doch behalve dat zijn er nog onderscheidene verbindtenissen, die niet onder het gewone begrip der obligaties vallen, of wel bijzondere omstandigheden, die de eens bestaande obligatio wijzigen, en waarin (volgens Donellus proprio et singulari jure) deze engere verpligting plaats vindt. Als zoodanig kan men noemen:

1. Het *precarium*. Het is hier niet eene wederzijdsche overeenkomst, waarbij de eene partij ontvangt, en belooft terug te geven, en de andere, hem zekeren tijd in het bezit te laten [1]; dit is het karakter van het commodaat, bij het precarium laat men den ander eene zaak over, totdat men die wil terugvragen, en dat wel niet met eene actio, want de ander heeft nimmer de verpligting op zich genomen, om de zaak terug te geven, maar met een inter-

[1] L. 15 § 3 D. de Prec. (43.26).

dict [1], want de ander bezit alleen zoolang de eigenaar wil, en zoodra die wil ophoudt, vervalt zijn bezit, en vraagt de eigenaar dat, even als van elken onregtmatigen bezitter, met een interdict terug. Waar dus geene obligatio is, kan a fortiori van geene diligentia sprake zijn, en de gehoudenheid van den precarist zou zich dus tot vergoeding der Aquilische schade moeten bepalen, indien niet dit interdict, even als andere, gerigt was zoowel tegen hem, qui possidet, als ook tegen hem, qui dolo desiit possidere. Hierin ligt eene praestatio doli; maar de geheele inrigting van het precarium, buitendien eene zuiver Romeinsche instelling, behoort zoo volkomen tot de leer van het bezit en de interdicten, dat, zelfs nadat de praetor tot vereenvoudiging eene actio in factum naast het interdict had gegeven [2], zijne natuur niet veranderde, en er nog van geene eigenlijke obligatio sprake kan zijn. Ook deze actio kende dus, zoo min als het interdict, dat zij verving, eenige andere uitbreiding, dan dat zij ook tegen hem, qui dolo desiit possidere, gegeven werd.

2: De verpligting van den *agrimensor*. Langen tijd bragten zijne diensten hoegenaamd geene verpligtingen met zich, daar men ze, evenals die der regtsgeleerden, als eene vriendelijkheid beschouwde, welke de meer ontwikkelde burger aan zijne minder ontwikkelde medeburgers bewees. Toen het echter noodig begon te worden, dat de praetor ook tegen hen eene actio in factum toestond, meende hij genoeg te doen, met alleen hun dolus te bestraffen, ten einde niet door eene te groote gestrengheid deze ars liberalis te verlagen, en hen, die zich daaraan wijden wilden, af te schrikken [3]. Al worden

---

[1] L. 14 D. ibid.; l. 14 § 11 D. de Furt. (47.2). Quod precario ab ille habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas; l. 2 pr. D. h. t.

[2] L. 2 § 2, l. 19 § 2 D. de Prec. (43.26).

[3] L. 1 pr. § 1 D. si Mens. (11.6).

hunne diensten dus beloond, zoodat zij volgens den gewonen regel culpa levis moesten praesteren, wordt toch hunne aansprakelijkheid om deze bijzondere redenen tot dolus beperkt.

3. De *missus in possessionem*, wiens pandregt niet op een contract met den gedaagde, maar alleen op des praetors uitspraak berust, kan daardoor tot geene diligentia gehouden zijn: de weigerachtige debiteur kan niet meer vorderen, dan dat zijn dolus verhinderd wordt [1].

4. De *negotiorum gestor*, die door louter welwillendheid gedreven, en om de goederen van een afwezige niet te doen verloren gaan, de verzorging daarvan op zich neemt, behoeft zich alleen van dolus te onthouden; de dominus, die in allen gevalle door zijne goedheid gebaat is, kan niet meer van hem eischen [2].

5. Zoodra in eenig contract, waarin men op zich zelf tot diligentia gehouden was, *mora* van eene der beide partijen intreedt, wordt hunne verpligting tot de praestatie van dolus beperkt: het is waar, dat de schuldenaar bij den aanvang diligentia heeft beloofd, maar alleen, zoolang de obligatio zou duren, en nimmer kan het hunne bedoeling zijn geweest, dat de ander door zijn toedoen eigenmagtig die verpligting zou kunnen verlengen. Komt die andere partij dus in gebreke, dan is het voldoende, zoo men zich tot het vermijden van dolus bepaalt [3].

6. Ook de *dood* des schuldenaars kan de verpligting van zijne erfgenamen wijzigen; want ofschoon de erfgenaam gewoonlijk in alle verpligtingen van den erflater

---

[1] L. 9 pr. § 5 D. de Reb. A. Jud. (42.5).

[2] L. 3 § 9 D. de N. G. (3.5).

[3] L. 9 D. Sol. Matr. (24.3) Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet: ne facto mulieris in perpetuum agrum ejus colere cogatur. Vgl. l. 5,17 D. de Per. et C. (13.6); Mommsen, Beit. Bd. III, Lehre v. d. Mora, § 30.

opvolgt [1], zijn enkele contracten zoo geheel met het oog op een bepaalden persoon aangegaan (b. v. de maatschap, de voogdij, het aannemen om een huis te bouwen of een schilderstuk te maken, enz.), dat de obligatio door den dood ontbonden moet geacht worden. Als de erfgenaam zich dus slechts van dolus onthoudt, heeft hij aan den algemeenen eisch der goede trouw voldaan, en meer kan de andere contrahent niet verlangen [2].

7. De dood van den voogd heeft bovendien nog dit gevolg, dat zijne erfgenamen niet alleen ten opzigte van hunne eigen handelingen, maar ook van die van den erflater zelven alleen tot vergoeding van dolus en culpa lata verpligt zijn [3]. De reden hiervoor ligt in het karakter der voogdij als munus publicum, waarbij geene bovenmatige gestrengheid mag heerschen. De voogd zelf zal zich dikwijls door het bewijs eener negligentia in rebus suis consueta kunnen ontslaan; maar daar dit zijnen erfgenamen meestal onmogelijk wezen zal, is het beter hunne aansprakelijkheid tot culpa lata te beperken, dan alles wat niet onder het begrip van diligentia diligentis pf. valt te bestraffen, een resultaat, waartoe men anders ligt geraken zou.

II. Buiten de hier opgenoemde gevallen brengen dus alle andere b. f. contracten en quasi-contracten de verpligting tot diligentia met zich, en moet het altijd de

---

[1] L. 2 § 2 D. de V. O. (45.1).

[2] L. 1 pr., l. 4 pr. § 1 D. de Fid. (27.7), l. 35,36 D. pro Soc. (17.2), l. 17 C. de N. G. (2.19). Het mandaat blijft voor de erfgenamen voortduren, indien de mandataris komt te sterven, nadat hij met de uitvoering een begin heeft gemaakt, § 10 I. de Mand. (3.26), l. 6 § 6 D. de his, qui not. (3.2), l. 27 § 3 D. Mand. (17.1); in tegenstelling van ons regt, waar het mandaat onbepaald bij den dood eindigt, en de erfgenamen als negotiorum gestores van den mandans alleen de noodige voorzieningen te nemen hebben; a. 1850, 1856 B. W. Ten onregte nemen Lipman en Tydeman hier dus gelijkheid aan.

[3] L. 4 D. de Mag. C. (27.8), l. 1 C. de Her. tut. (5.54).

eerste vraag zijn: hoe zou een goed huisvader zich gedragen hebben, wanneer hij zich in dezelfde omstandigheden had bevonden als die verkooper, huurder, lasthebber, voogd, leener, enz.? Tenzij partijen uitdrukkelijk hunne bedoeling kenbaar hebben gemaakt, dient men te veronderstellen, dat zij hunne aansprakelijkheid van geen anderen maatstaf hebben willen afhankelijk maken. Van den anderen kant is die eisch echter ruim genoeg gesteld, om verschillende spelingen te veroorloven, en zal de regter, die hier boni viri arbitratu oordeelt, ook andere omstandigheden in aanmerking kunnen nemen, wanneer die van genoeg belang zijn, om met regt te doen veronderstellen, dat partijen een meer of minder strenge opvatting van dat begrip bedoeld hebben, of wel eenig bepaald punt meer of min op den voorgrond hebben willen stellen. Voor zoover die omstandigheden in elk geval verschillen, liggen zij natuurlijk buiten het bereik van eenigen algemeenen regel (vgl. bov. § 12); maar voor zoover die verzwarende of verligtende omstandigheden het contract zelf eigen zijn, kan men ze a priori opgeven, en vaststellen, in welke contracten de strengere, in welke de mildere opvatting van het begrip gelden zal.

A. De strengere opvatting komt dan voor bij het commodaat, de negotiorum gestio, en de administratie van den erfgenaam [1]. Niet dat de schuldenaar zich daar een ander voorbeeld, den diligentissimus paterfamilias der glossatoren, voor oogen hebbe te stellen; zulk een voorbeeld bestaat niet, en zulk een eisch zou strijden tegen andere wetten, welke meer algemeen sprekende, ook in die contracten het gedrag van een goed huisvader vorderen; maar onderscheidene van die handelingen, welke streng genomen wel onder het gedrag van een diligens paterfamilias behooren, maar welke toch ook me-

[1] L. 5 § 2 D. Comm. (13.6), l. 23 D. de R. J. (50.17), l. 47 § 5 D. de Leg. I (30).

nigeen, die op die benaming aanspraak maken kan, nalaat, worden van hen geëischt: m. a. w. de meest strenge opvatting van het ruime begrip van diligens paterfamilias wordt hier verkozen. Wij hebben dit echter, met bewijzen en voorbeelden, in § 13 voldoende ontwikkeld, en gelooven dus daarnaar te kunnen verwijzen.

B. Daarentegen wordt het begrip der diligentia diligentis pf. milder opgevat dan gewoonlijk, door beperking tot diligentia q. s., in de volgende contracten:

1. *Tutela* en *Cura*. De grond tot dit voorregt is hier duidelijk. De voogd en curator nemen hunne administratie zonder eenige belooning als een gedwongen officium publicum waar; het zou dus hard zijn, hun al te strenge eischen te doen: van den anderen kant kan hunne aansprakelijkheid niet tot dolus beperkt worden, daar juist het begrip der voogdij medebrengt, om de belangen der hulpeloozen, die men vertegenwoordigt, zoo te verzorgen, als deze dit zelf zouden hebben gedaan, wanneer zij daartoe bij magte waren geweest, en daar het alleen in die verwachting is, dat de staat hun die administratie heeft toevertrouwd. Men vordert dus diligentia; maar omdat hunne administatie over een geheel vermogen loopt, en zij zich dus alligt tot dezelfde maatregelen zullen bepalen, welke zij voor zich zelf nemen, terwijl zij daarenboven op eene zachtere interpretatie aanspraak kunnen maken, zoo wordt die diligentia alleen opgevat met de beperking tot diligentia rebus suis consueta [1].

2. Hetzelfde heeft plaats bij de *dos* en de *paraphernа*. [2] De grond tot eene mildere opvatting ligt hier in de verhouding tusschen de echtgenooten, die eene bij-

---

[1] L. 1 pr. D. de Tut. (27.3). Alleen wanneer zich een voogd uit meerderen vrijwillig ter administratie aanbiedt, renuncieert hij daarmede aan dit voorregt; l. 53 § 3 D. de Furt. (47.2).

[2] L. 17 pr. D. de J. Dot. (23.3), l. 11 C. de P. Conv. (5.14).

zondere gestrengheid in dit opzigt verbiedt: de diligentia wordt tot diligentia q. s. beperkt op grond van het zamenvallen der beide vermogens, dat hier nog eer dan bij den voogd zal geschieden.

3. Ook bij de *societas* wordt dezelfde beperking toegelaten [1]. De socius, die even veel belang bij de onder zijn opzigt staande zaak heeft als de ander, zal wel zoo handelen, als hij meent, dat goed is, en begaat hij daarbij iets, wat hij ook in eigen zaken doet, maar wat later blijkt eene fout te zijn geweest, dan kan men dit ter goeder trouw niet als eene strafbare nalatigheid aanmerken. De ander kan zich over die zachtheid niet beklagen, omdat eene societas van zooveel belang is, en daarenboven zoo geheel met het oog op een bepaalden persoon wordt aangegaan, dat hij wel eerst had kunnen onderzoeken, met hoedanig mensch hij zich verbond; quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. [2]

4. Naauw met de societas verwant is de *rerum communio:* ook hier heeft men de zamensmelting van eigen en vreemde belangen; waarbij nog de omstandigheid komt, dat men geheel buiten zijn toedoen in deze verbindtenis is gekomen. Wanneer men zich dus even zoo gedragen heeft, als men dat voor zich zelf gewoon was, is de goede trouw voldaan, en kan de andere belanghebbende zich niet beklagen. [3]

---

[1] L. 72 D. pro Soc. (17.2).

[2] Deze reden wordt in § 9 I. de Soc. (3.25) en l. 72 D. cit. opgegeven. Men houde echter in het oog, dat het eene reden is, waarom de ander zich niet kan beklagen over eene zachtere opvatting, niet eene reden, waarom de eene of de andere beperktere praestatie verkozen is. Het kan dan ook geene moeijelijkheden baren, zoo hetzelfde wordt aangevoerd als grond, waarom de bewaargever zich niet beklagen kan, zoo de aansprakelijkheid van den depositaris tot dolus wordt beperkt: § 3 I. q. m. r. (3.14).

[3] L. 25 § 16 D. Fam. Erc. (10.2).

Hiertoe bepalen zich de afwijkingen hetzij naar den strengeren of den zachteren kant: voor het overige blijft overal de diligentia diligentis pf. de regel, die den schuldenaar bij zijne handelingen, en den regter in zijn oordeel leidt, en hen tot de beantwoording der vraag brengt, wat de goede trouw in ieder geval heeft gevorderd, om beide partijen, eischer zoowel als gedaagde, tevreden te stellen.

DERDE HOOFDSTUK.

DE LEER DER CULPA IN HET NIEUWE REGT.

§ 17.

De Duitsche wetgevingen.

In de Inleiding is gebleken, hoe de theorie der glossatoren, niettegenstaande hare talrijke theoretische en practische bezwaren, gedurende vele eeuwen met ter naauwernood eene enkele uitzondering door alle regtsgeleerden als de leer van het Romeinsche regt gehuldigd werd. Hare schijnbaar zeer logische onderscheidingen [1], en scherpe afbakening der verschillende deelen mogen er het hunne toe hebben bijgedragen, om aanhangers te winnen voor een stelsel, dat geheel in overeenstemming was met de dialectische methode der eerste regtsuitleggers, en ook later menigeen moest aantrek-

[1] Vgl. Otto, Diss. de pr. cas. sol. I, 11. Omnium rerum, quae gradus habent, quos juxta ἀκρίβειαν mathematicam dimetiri non licet, tres gradus constituendi sunt, duo extremi et tertius, qui inter utrumque sit; sin plures facias, difficultates erunt infinitae, nec ubi alter incipiat, alter desinat, definire licebit.

ken, die niet bedacht, hoe juist deze eigenschappen, welke in eenig onderwerp van het strictum jus de verdiensten eener theorie zouden hebben uitgemaakt, fouten waren op dit gebied, waar de omstandigheden eenen zoo sterken invloed uitoefenen, en de quaestio juris grootendeels onder de quaestio facti verdwijnt. De afwijkende theoriën (DONELLUS e. a.) gingen veelal aan hetzelfde euvel mank, en lieten daarenboven nog te veel zwarigheden uit de Pandecten onopgelost, om eene algemeene goedkeuring te verwerven.

Het is dan ook niet te verwonderen, dat, bij eene zoo groote overeenstemming der voornaamste regtsgeleerden aangaande de Romeinsche leer der culpa, hunne meening ook door die schrijvers, welke meer bepaaldelijk het nieuwe regt tot onderwerp hunner beoefening hadden gekozen, zonder aarzeling werd aangenomen. De geheele vraag naar de graden van culpa is van zoo zuiver wetenschappelijken aard, dat het oorspronkelijke Germaansche regt [1] hieromtrent geen vast, ontwikkeld stelsel had, en de bewerkers der onderscheidene regtsgewoonten wisten dus niet beter te doen, dan dat, wat zij in de wetgeving van JUSTINIANUS hieromtrent vonden of meenden te vinden, zonder eenige verandering in hunne uiteenzetting over te nemen. Overal ontmoet men dan ook bij

[1] Het hoofdbeginsel van het Germaansche regt schijnt geweest te zijn, dat zij, die alleen belang bij de overeenkomst hadden (de leener, bewaargever en pandhouder, benevens den bewaarnemer, die loon ontvangt), voor ieder ongeval aansprakelijk zijn, terwijl alle overige contractanten enkel culpa praesteren. Waarin echter die culpa bestaan moet, vindt men niet verder ontwikkeld, en schijnt oorspronkelijk aan het geweten des schuldenaars te zijn overgelaten: althans hij wordt dadelijk vrijgesproken, zoodra hij zweert, »dat de schade zonder zijne schuld geschied is"; Sachs. III, 5, § 3. Eerst in latere bronnen begint men de vereischten voor het bestaan eener zoodanige culpa nader aan te geven, waarbij dan vooral het gedrag van den schuldenaar in eigen zaken op den voorgrond treedt. Vgl. STOBBE, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, S. 290 fgg.

hen dezelfde meermalen besproken theorie der drie graden, en het zoude daarom een ijdel werk zijn, ze allen na te gaan, om overal weder tot hetzelfde resultaat te geraken [1]. Alleenlijk willen wij nog dit opmerken, dat de heerschappij dier theorie zoo uitgebreid was, dat men na HASSE in Duitschland zelfs de vraag heeft kunnen opwerpen, of zij thans nog wel door zijn stelsel vervangen kon worden, en of zij niet na eene heerschappij van zooveel eeuwen als geldend gewoonteregt diende beschouwd te worden [2]. Teregt is dit door v. SAVIGNY bestreden [3], daar onjuiste uitleggingen, hoe algemeen ook, nimmer door gewoonteregt bevestigd kunnen worden: maar de omstandigheid, dat deze vraag behandeld is, levert ons een bewijs te meer op voor het algemeen en onbetwist gezag, dat het stelsel der glossatoren te dezen opzigte genoot.

Dit stelsel werd dus nog door allen gehuldigd, toen omstreeks het midden der vorige eeuw de zucht ontwaakte, om door eene codificatie van het tot nu toe geldende regt de regtszekerheid te vermeerderen; en het is dan ook zeer begrijpelijk, dat de eerste wetgevers niet aarzelden, daaraan ook in hunne wetboeken eene plaats in te rui-

[1] Voor ons vaderland vgl. m. o. a. DE GROOT, Inleyd. III, 9, 7. Den aennemer ofte inleener is schuldig 't geleende weder te geven met alle vrugten ende baten, ende soo goet als 't was; waer de sake door onvermijdelijk ongeluk vergaen ofte verargert des waer hy vry. Maer hem wert veel eer versuym toegerekent als een bewaerder die maer yet ontfangt om eens anders wil, ofte als een pantaenvaerder die 't ontfangt soo om synentwille als om eens anders wille, alsoo den Inleener 't geleende ontfangt alleen om syns selfs wil: ende daerom moet hy 't geleende op 't nauste waernemen.

Vgl. verder VOET, ad D. XIII. 6, n. 4; VAN LEEUWEN, Rooms-Holl. Regt, IV, dl. 10, n. 3, dl. 11, n. 1, enz.; ULR. HUBER, Heedend. Regtsgel. III, 5, 28 vgg.

[2] v. GÖNNER, Ueber Gesetzgebung u. Rechtswiss. in unsrer Zeit (Erl. 1815), S. 226 fg.

[3] Zeitsch. f. gesch. R., Bd. I, S. 373 fgg.

men. Nog hadden zich de stemmen van SCHÖMAN, VON LÖHR en de hunnen niet verheven, om de wetenschappelijke gebreken dier theorie aan het licht te brengen; terwijl hare practische zwarigheden niet gevoeld werden, daar de regters zich zoo weinig om het bestaan van één der drie graden bekreunden, dat HÖPFNER zich uit zijne 36-jarige practijk niet één geval van elkander herinnert, waarin over den graad der culpa gestreden werd [1]. Men stelde zich eenvoudig boven de geheele theorie, en gevoelde dus hare gebreken niet.

Door niets derhalve bewogen, om te dezen opzigte van de gemeene leer af te wijken, maakte de Pruisische wetgever van 1794 dan ook geene zwarigheid, de oude theorie met al hare verdeelingen en onderscheidingen in zijn wetboek op te nemen. Ik heb gemeend, dat het niet ongepast zoude wezen, hier een kort overzigt van zijn stelsel te geven, bepaaldelijk omdat men daarin de meest consequente toepassing der oude theorie heeft, en het dus best kan dienen, om de practische bezwaren, welke men tegen deze inbrengen kan, duidelijk te maken.

Na als inleiding de gewone verdeeling in culpa lata, levis, levissima aan de eene zijde, en die in abstracte en concrete culpa aan de andere zijde voorop gesteld te hebben [2], past hij deze regels met de volgende woorden op de aansprakelijkheid uit verbindtenissen toe:

„Wer bei Erfüllung eines Vertrages ein grobes Versehen sich zu Schulden kommen lässt, ist in allen Fällen zum Schadensersatz verbunden."

„Haben beide Theile unmittelbar aus dem Vertrage

[1] Institut.-Comm., S. 836, Not. I. Hij haalt daarbij een gezegde aan van TITIUS ad Lauterb. obs. 102. Haec res magis in scholis quam in foro auditur; cum in vita civili plerumque non tam de *gradu* culpae, quam ejus *existentia*, seu an in universum aliqua culpa commissa sit, quaeri soleat.

[2] Pr. LR. Th. I, Tit. 3, § 18—25.

selbst Vortheile zu erwarten, so sind beide auch aus einem mässigen Versehen wechselseitig verpflichtet.

„Hat nur Ein Theil aus dem Vertrage selbst Vortheil zu erwarten, so ist er auch für ein geringes Versehen zu haften schuldig.

„Wer aus dem Vertrage keinen unmittelbaren Nutzen zu hoffen hat, bleibt nur für sein grobes Versehen verantwortlich.

„Wer eine Handlung übernommen hat, welche besondere Sach- oder Kunst- Kenntnisse voraussetzt, muss bei Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit auch das geringste Versehen vertreten.

„In wie fern diese Regeln bei einzelnen Verträgen Ausnahmen leiden, ist gehörigen Orts festgesetzt" [1].

De regel van het wederzijdsch belang, ofschoon hij in waarheid slechts een onder meerdere regels is, die den wetgever bij zijne beslissing dienen te leiden [2], wordt hier als grondslag der geheele leer voorop gesteld, niettegenstaande de vele uitzonderingen hem tot zulk een gebruik volkomen ongeschikt maken. Al die uitzonderingen na te gaan, en mitsdien de geheele leer van het Pruisische Landregt omtrent de culpa te ontwikkelen, zou ons te ver voeren: ik wil mij dus met een paar voorbeelden vergenoegen, waaruit de geest van het geheele stelsel blijken kan.

Omtrent de aansprakelijkheid van den lasthebber leest men de volgende bepalingen:

„Für den Ausgang des Geschäfts haftet der Bevollmächtigte nur in so weit, als er bei der Uebernehmung oder Ausrichtung desselben ein Versehen begangen hat.

„In der Regel ist der Bevollmächtigte, bei Vollziehung des Auftrags, zu demjenigen Grade des Fleisses und der Aufmerksamkeit, welchen er in seinen eigenen Ge-

---

[1] Pr. LR. Th. I, Tit. 5, § 277—282.

[2] Vgl. boven pag. 134.

schäften derselben Art anzuwenden pflegt, verpflichtet [1]. Kann hiernach der Grad seiner Verantwortlichkeit nicht ausgemittelt werden; oder hat er den Auftrag gegen Belohnung übernommen; so muss jedes mässige Versehen überhaupt von ihm vertreten werden.

„Hat er den Auftrag als Kunst- oder Sachverständiger übernommen: so haftet er auch für ein geringes Versehen. Doch ist der Kunstverständige, welcher einen Auftrag ohne Vergeltung übernommen hat, nur für ein mässiges Versehen zu haften schuldig." [2]

De verpligting van den bewaarnemer is aldus geregeld:

„In allen Fällen ist der Uebernehmer nur verpflichtet, die ihm anvertraute Sache mit eben dem Fleisse zu verwahren, als er bei seinen eigenen Sachen von gleicher Art zu thun pflegt. Kann hiernach der Grad seiner Verantwortlichkeit nicht abgemessen werden, und ist die Art der Verwahrung seinem Gutbefinden lediglich überlassen worden; so haftet er nur für ein grobes Versehen. Ein Gleiches findet Statt, wenn die Art, wie die Verwahrung geschehen solle, im Vertrage oder sonst, von dem Niederleger selbst bestimmt war, und der Verwahrer darin keine eigenmächtige Veränderung vorgenommen hat. Hat er aber dergleichen Veränderung eigenmächtig und ohne Noth vorgenommen; so haftet er für allen daraus entstandenen Schaden.

„In allen Fällen, wo die Verwahrung gegen Entgeld

---

[1] Men lette hier op de eigenaardige bepaling, om den lasthebber voor culpa in concreto aansprakelijk te stellen; de omstandigheid, dat de lastgever dient te weten, wien hij zijne belangen toevertrouwt, pleit voor dit voorschrift, dat, zoover mij bewust is, alleen in dit wetboek voorkomt. Ook merke men op, dat zoo dikwijls de aansprakelijkheid niet uit de diligentia q. s. afgeleid kan worden, de diligentia diligentis pf. in subsidium geldt, geheel in overeenstemming met onze voorstelling der culpa in concreto, boven § 15.

[2] Pr. LR. Th. I, Tit. 13, § 54—58.

übernommen worden, muss der Verwahrer für ein mässiges Versehen haften. Ein Gleiches findet Statt, wenn sich Jemand zur Verwahrung einer Sache aus eigener Bewegung, ohne Noth, und ohne alle vorhergegangene Aufforderung des Niederlegers angeboten hat." [1]

Omtrent de gehoudenheid van den bruikleener gelden de volgende voorschriften:

„Ist die Sache während seines Besitzes beschädigt, oder gar verloren worden: so muss er darbei für jedes, auch das geringste [2] Versehen haften. Hat aber der Verleiher aus dem Geschäfte irgend einigen Vortheil; oder kann ausgemittelt werden, dass er selbiges zuerst in Vorschlag gebracht, und den Leiher zu dessen Eingehung aufgefordert habe; so haftet dieser nur für ein mässiges Versehen. Bei einer Gefahr, welche des Leihers eigne Sache zugleich trifft, ist derselbe die geliehene Sache vorzüglich zu retten, und wenn er seiner eignen Sache den Vorzug giebt, den Schaden oder Verlust der geliehenen zu vertreten schuldig." [3]

De hier aangevoerde voorbeelden zijn voldoende, om het stelsel van den Pruisischen wetgever duidelijk te maken, een stelsel, dat de gebreken der oude theorie, in plaats van die te wijzigen, integendeel tot de uiterste consequentie voert. Zooals reeds uit de algemeene bepalingen blijkt, kent deze wetgeving drie wijzen van zich te gedragen, die ieder een vastgesloten geheel vormen, en waaronder het gedrag van elken schuldenaar zich voldoende brengen laat. Ieder contractant moet een van deze gedragslinïen volgen, hetzij abstract of concreet; de een (de leener b. v.) moet als een diligentissimus pater-

[1] Pr. LR. Th. I, Tit. 14, § 11—14, 17, 18.

[2] Niettegenstaande de sterkere uitdrukking kan hier echter niets anders bedoeld zijn dan wat elders *geringes Versehen* heet, de culpa *levissima* der oude theorie: anders zou het Pruisische wetboek vier graden moeten aannemen, wat in strijd is met Tit. 3, § 18—25.

[3] Pr. LR. Th. I, Tit. 21, § 248—250.

familias, de ander (de verkooper b. v.) als een diligens paterfamilias handelen, terwijl een derde (de bezitter ter goeder trouw b. v.) wederom zich ten minste zoo moet gedragen, als iedereen in zijne plaats zou doen. Is dit uitgemaakt, dan heeft men verder niets te vragen, en moet ieder nu slechts den hem aangewezen weg volgen. Het is waar, dat men den invloed, dien de verschillende omstandigheden op den gevorderden ijver hebben kunnen, niet geheel ontkent: maar die omstandigheden dienen door den wetgever voorzien te zijn (van daar die angstvallige optelling der onderscheidene verzwarende en verligtende omstandigheden in elken titel), en hebben alsdan ook dadelijk het gevolg, dat men onder het gebied van een anderen graad vervalt, en de verlangde diligentia van concreet abstract wordt, of van diligentis pf. diligentissimi, enz. Zooveel men kon, is dus alles geregeld en aan het arbitrium van den regter onttrokken.

De fouten van dit stelsel vallen na hetgeen meermalen omtrent de theorie der drie graden gezegd is, spoedig in het oog. Immers, terwijl het dikwijls moet voorkomen, dat er zich omstandigheden voordoen, waarop de wetgever niet gelet heeft, levert het aan de andere zijde groote bezwaren op, dat men bij die, waaraan hij wel gedacht heeft, dadelijk van den eenen graad in den anderen overgaat. De meeste gevallen zullen toch wel van dien aard zijn, dat men eene strengere toepassing wenschelijk vindt, zonder daarom de volle aansprakelijkheid voor culpa levissima te willen vorderen, of eene zachtere, zonder daarom alle schuld, die niet onder het begrip van culpa lata valt, vrij te geven.

Het is dus niet te ontkennen, dat de Pruisische wetgever van 1794, door te veel te willen systematiseren, waar volledigheid eene ondenkbare zaak is, de ware regtsbeginselen meer kwaad heeft gedaan, dan wanneer hij over onze vraag geheel had gezwegen, en liever alles aan de wijsheid des regters overgelaten had.

Geheel anders was daarentegen de weg, welken de Oostenrijksche wetgever van 1811 (waarschijnlijk onder den invloed van den Code Napoléon) insloeg.

Alle onregtmatige schade, zegt § 1294, ontstaat óf onwillekeurig, en behoeft dan niet vergoed te worden, of uit een *Verschulden* (*culpa*), en moet alsdan vergoed worden. Dit Verschulden heeft dan wederom zijnen grond óf daarin, dat de schade willens en wetens is toegebragt (*böse Absicht*, *dolus*), óf „in einem Versehen, wenn er aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleiszes verursacht worden ist;" om het even, of de schade door overtreding eener obligatio, of buiten eenige obligatio is toegebragt. De geheele vraag, of schade al dan niet het gevolg is van eene culpa van de zijde des beschadigers, hangt dus in het geval eener obligatio daarvan af, of hij zich zoo gedragen heeft, als de obligatio van hem vorderde, en in alle andere gevallen daarvan, of hij zich gedragen heeft, zoo als alle burgers jegens elkander verpligt zijn. Daarin toch bestaat in beide gevallen de *gehörige Aufmerksamkeit* en *Fleisz*, waarnaar de genoemde paragraaf verwijst. Onderscheid van graden heeft men verder niet; en ter beantwoording van de vraag, hoe dat gedrag wezen moet, dient men de afzonderlijke titels, welke over elke obligatio handelen, te raadplegen.

En hier blijkt vooral de groote eenvoudigheid van deze wetgeving, daar men bij alle schuldenaren ongeveer dezelfde uitdrukking gebruikt vindt, en de wetgever zich overal vergenoegt met te zeggen, dat de schuldenaar zorgvuldig moet wezen, de verdere toepassing van dit beginsel aan den regter overlatende. Zoo heet het van den bewaarnemer: „Die Hauptpflicht des Verwahrers ist: die ihm anvertraute Sache durch die bestimmte Zeit *sorgfältig* zu bewahren;" [1] van den lasthebber: „Der

[1] Oest. Ges. § 961.

Gewalthaber ist verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäsz, *emsig und redlich* zu besorgen;" [1] van den verkooper: „Der Verkäufer ist schuldig, die Sache bis zur Zeit der Uebergabe *sorgfältig* zu verwahren;" [2] van den vennoot: „Wird einem oder einigen Mitgliedern der Betrieb der Geschäfte anvertraut: so sind sie als Bevollmächtigte zu betrachten". [3] In al deze voorbeelden, uitgezocht omdat zij in het Romeinsche, en gedeeltelijk ook in ons regt, op verschillende wijze opgevat worden, geldt hier slechts één regel: men moet sorgfältig, emsig, redlich, enz., d. i. als een bonus paterfamilias handelen: heeft men dat verzuimd, dan is de schade werkelijk aan een Versehen toe te schrijven.

Alleen in één opzigt wordt van een zwaarderen of ligteren graad van culpa melding gemaakt, t. w. bij de berekening der schadevergoeding. Volgens § 1324 moet men namelijk daarbij in aanmerking nemen, of de schade aan eene culpa lata (*auffallende Sorglosigkeit*) of levis van den beschadiger is toe te schrijven: in het eerste geval vergoedt hij alle nadeelen, het lucrum cessans zoowel als het damnum emergens, in het laatste geval kan hij alleen tot vergoeding van het laatste worden aangesproken.

Wanneer men dus dit punt, dat eigenlijk ook meer tot de leer der schadevergoeding dan tot die der aansprakelijkheid voor culpa behoort, buiten aanmerking laat, dan heeft men in het Oostenrijksche wetboek de eenvoudigste culpa-theorie, met geene andere onderscheiding dan die in dolus en culpa, welker bestaan in elk geval naar dezelfde regels beoordeeld wordt, zonder dat er gevallen zijn, waarin die culpa tot culpa lata of culpa in concreto

---

[1] Oest. Ges. § 1009.
[2] Oest. Ges. § 1061.
[3] Oest. Ges. § 1190.

beperkt, of wel tot culpa levissima uitgebreid wordt. Hoe lofwaardig echter eenvoudigheid te dezen aanzien zij, meenen wij boven [1] voldoende aangetoond te hebben, dat eene beperking tot culpa lata of diligentia q. s. menigmaal hoogst wenschelijk kan zijn, en achten wij het onregtvaardig, dat b. v. de aansprakelijkheid van den depositaris, die toch zonder belooning een vriendendienst bewijst, met dezelfde woorden omschreven wordt als die van den verkooper enz., bij wien men teregt met meerder strengheid te werk kon gaan. Gelukkig zijn de bewoordingen van de wet evenwel zoo ruim gesteld, dat een verstandig gebruik maken van het arbitrium judicis deze zwarigheid grootendeels weg moet nemen.

Een ander bezwaar tegen de voorstelling van het Oostenrijksche wetboek meenen wij in de vermenging der Aquilische en niet-aquilische culpa te vinden. Beide worden in dezelfde paragraaf (§ 1294) behandeld, en op zulk eene wijze voorgesteld, alsof het eenige verschil hierin bestond, dat, terwijl de eene het gevolg is van eene nalatigheid, die door eene obligatio verboden werd, de andere voortvloeit uit eene nalatigheid, die ook zonder eenige obligatio ongeoorloofd was. Doch ook buiten dit punt verschillen beide gevallen genoeg in aard en beginselen, om eene afzonderlijke behandeling noodig te maken. In het eene geval toch is de schade niets dan eene wijziging der reeds bestaande obligatio, in het andere is zij de oorzaak, waaruit eene nieuwe obligatio voortkomt; in het eene geval staat de ongeoorloofdheid der handeling vast, en kan dus alleen van culpa s. lat., toerekenbaarheid, sprake zijn, in het andere moet de geoorloofdheid of ongeoorloofdheid daarvan nog uitgemaakt worden, en treedt de vraag naar de culpa s. str. of strafbare nalatigheid dus meer op den voorgrond.

Eene scherpere afscheiding der beide deelen zou, voor

---

[1] Vgl. § 11, 15, 16.

eene goede systematisering des regts, derhalve den voorkeur verdiend hebben [1].

§ 18.

De Fransch-Nederlandsche wetgeving.

In tegenstelling van de angstvallige naauwkeurigheid van het Pruisische en de kortheid van het Oostenrijksche wetboek sloeg de Fransche Code Civil teregt eenen middenweg tusschen deze beide uitersten in.

Even als in alle andere landen, werd ook in Frankrijk de theorie der glossatoren door alle regtsgeleerden als de ware gehuldigd, en ook POTHIER, de gewone leidsman van den Franschen wetgever, maakt geene bedenking, deze als de meest logische, en bovenal met het Romeinsche regt meest overeenkomende tegen de in zijnen tijd reeds opgeworpen bedenkingen te verdedigen. [2] Van den anderen kant ontbrak het echter ook niet aan afkeurende stemmen, en zelfs al wil men DONELLUS niet medetellen, wiens stelsel over dit punt in zijn vaderland (vreemd genoeg) zoo goed als onbekend schijnt gebleven te zijn, [3] werden er nog regtsgeleerden gevonden, die

---

[1] Ik heb mij tot deze beide vreemde wetgevingen bepaald, omdat zij tot de eerste proeven van codificatie behooren, en vooral het Pruisische landregt dienen kan om de gebreken der oude theorie, wanneer zij consequent doorgevoerd wordt, duidelijk te maken. Eene vergelijking van latere buitenlandsche wetgevingen zou, zonder eenig nut, ons ver van ons eigenlijke onderwerp afleiden.

[2] Vgl. zijn Traité des obligations, I, ch. 2, n. 142, en de Observat. génér. sur le précéd. traité et sur les suivans, daarachter geplaatst (Ed. Brux. p. 280—283), waarin hij dit stelsel bepaaldelijk tegen LE BRUN verdedigt.

[3] LE BRUN ten minste, die in een Essai sur la prestation de fautes (Par. 1764) de drie graden bestreed, vermeldt zijn beroemden voorganger niet eene enkele maal. Zijn stelsel (*culpa lata* = non adh.

datgene, wat zij als met de Pandecten overeenkomstig aannamen, voor de practijk als onuitvoerbaar verwierpen. De scherpe grenslinie, die men tusschen de verschillende graden moest trekken, zonder die in de practijk te kunnen toepassen, en de vele uitzonderingen, die men op den eerst gestelden regel van het wederzijdsch belang moest toelaten, om niet tot allerlei onregtvaardigheden te geraken, maakten eene naauwgezette toepassing voor den regter hoogst bezwaarlijk, en leverden o. a. eenen THOMASIUS [1] voldoenden grond op, om de geheele theorie als onbruikbaar te verwerpen.

Ook de zamenstellers van den Code Napoléon (die op dit punt in ons wetboek bijna geheel gevolgd is) gingen van hetzelfde denkbeeld uit. „Cette division des fautes," sprak BIGOT-PRÉAMENEU [2] „est plus ingénieuse qu' utile dans la pratique: il n'en faut pas moins sur chaque faute vérifier si l'obligation du débiteur est plus ou moins stricte; quel est l'intérêt des parties; comment elles ont entendu s'obliger; quelles sont les circonstances. Lorsque la conscience du juge a été ainsi éclairée, il n'a pas besoin de règles générales pour prononcer suivant l'équité. La théorie dans laquelle on divise les fautes en plusieurs classes, sans pouvoir les déterminer, ne peut que répandre une fausse lueur, et devenir la matière de contestations plus nombreuses. L' équité elle-même répugne à des idées subtiles. On ne la reconnait qu'à cette simplicité qui frappe à la fois l' esprit et le coeur."

---

dil. q. s.; *culpa levis* = non sdh. dil. dil. pf.) kan men ontwikkeld vinden bij MERLIN, v°. *Faute*, en door HASSE beoordeeld in het Zeitsch. f. gesch. Rw., Bd. IV, S. 189 fgg.

[1] Diss. de usu pract. doctr. de culp. pr. in contr. (Diss. Tom. II, p. 1006).

[2] In het Exposé des Motifs van Liv. III, Tit. 3 van den C. N.; n. 32. Z. LOCRÉ, Lég. civ. et comm., t. XII, p. 327. In denzelfden zin sprak FAVARD in het Rapport au Tribunat, n. 32; LOCRÉ, ib. p. 431.

Hun doel was derhalve, de leer der culpa op nieuwe, meer met de billijkheid overeenkomstige grondslagen te vestigen; maar het resultaat, waartoe zij op dien weg kwamen, leverde juist een bewijs te meer op voor de hooge voortreffelijkheid van dat regt, waarvan zij meenden af te wijken. Zij verwierpen de leer der glossatoren, die men zoo lang verkeerdelijk voor die van het Romeinsche regt had gehouden, en lieten zich alleen leiden door hetgeen hun gezond verstand hun ingaf, maar daardoor juist kwamen zij tot wat later gebleken is het ware Romeinsche regt geweest te zijn: en met enkele afwijkingen en vereenvoudigingen is het stelsel, waardoor onze wetgeving beheerscht wordt, hetzelfde als dat, wat wij in het vorige hoofdstuk als het Romeinsche erkend hebben.

Eene volledige uiteenzetting van de leer der culpa, zooals b. v. het Pruisische wetboek geeft, wordt in de Fransch-Nederlandsche wetgeving niet gevonden; men meende teregt, dat zulk eene stelselmatige ontwikkeling meer tot het gebied van den regtsgeleerde dan van den wetgever behoorde, en onthield zich, even als op de meeste punten, zooveel mogelijk van wetenschappelijke uiteenzettingen. Slechts een enkel artikel is direct op onze vraag toepasselijk; en daaruit, nevens de wenken, welke men uit eenige andere hier en daar verspreide artikelen kan ontleenen, is het den jurist overgelaten af te leiden, welk het stelsel is, waarnaar men thans de vraag te beantwoorden heeft, of eenige schade al dan niet door den bewerker vergoed moet worden.

Bedoeld artikel is a. 1137 C. N., en luidt aldus:

„L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

„Cette obligation est plus ou moins étendue relative-

ment à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres, qui les concernent."

Geheel hiermede overeenkomstig, zij het ook in eene gewijzigde redactie, is ons a. 1271 B. W.

„In de verbindtenis om iets te geven is begrepen de verpligting om de zaak te leveren, en voor derzelver behoud [1], tot op het tijdstip der levering, als een goed huisvader te zorgen.

„Deze laatste verpligting is meer of minder uitgestrekt ten aanzien van zekere overeenkomsten, waarvan de gevolgen te dezen opzigte in de titels daartoe betrekkelijk aangewezen worden."

Eene eerste opmerking, welke men bij dit artikel maken kan, is dat het door zijne redactie alleen betrekking heeft op de verbindtenissen om iets te geven, hoewel een ieder erkennen zal, dat er hoegenaamd geene aanleiding kan bestaan om voor de overige een eenigzins afwijkend voorschrift aan te nemen. De aanleiding tot die onnaauwkeurigheid ligt waarschijnlijk daarin, dat POTHIER, wien men in het obligatieregt meestal op den voet volgde, in zijn Chap. II, art. 1, *de l' effet des obligations de la part du débiteur* handelende, de leer der fautes in § 1 (*de l' obligation de donner*) uiteen zette, en dus niet noodig had, in § 2 (*de l' obligation de faire*) daarop terug te komen: doch de wetgever had moeten bedenken, dat een wetboek andere vereischten heeft als een handboek, en het de eerste zorg des wetgevers wezen moet, zijne regels zoo te stellen, dat zij werkelijk alle gevallen, waarop zij toepasselijk moeten zijn, in zich opnemen kunnen. Deze fout van redactie kan echter geene verkeerde gevolgen hebben, daar allen het

---

[1] Teregt maakt OPZOOMER, Burg. Wetb. II, p. 238, op het onvoldoende dezer uitdrukking opmerkzaam; men moet niet alleen voor het *behoud* der zaak als een goed huisvader waken, ook tegen gedeeltelijke verliezen en beschadigingen dient men op zijne hoede te zijn.

daaromtrent eens zijn, om, in overeenstemming met de uitdrukkingen, welke in de titels over mandaat, negotiorum gestio, enz. voorkomen, den regel van ons artikel ook op de verbindtenissen om te doen of niet te doen bij analogie uit te breiden, zoodat het aangehaalde artikel inderdaad als grondslag kan gelegd worden voor de geheele leer der niet-aquilische culpa [1].

Doch eene andere en gewigtiger fout, welke men dit en de overige artikelen, die op onze vraag betrekking hebben, verwijten kan, is deze, dat zij de ware bedoeling des wetgevers zoo weinig buiten twijfel stellen, dat men de meest onderscheidene meeningen op hunne uitdrukkingen heeft kunnen bouwen, en de theoriën der culpa, die zich onder de heerschappij van den Code gevormd hebben, weinig minder talrijk of uiteenloopend zijn dan die, waartoe de uitspraken der Pandecten aanleiding hebben gegeven. Ofschoon wij dus gaarne erkennen, dat men, met het oog op de bedoeling des wetgevers, en bovenal zich naauw aansluitende aan de bewoordingen van het hoofdartikel, zijne ware meening ligt ontdekken kan, gelijk men het thans daaromtrent ook meer en meer eens begint te worden; kan men aan den anderen kant bezwaarlijk de redactie eener wet goedkeuren, waarnit de een de bevestiging der oude theorie heeft kunnen afleiden, terwijl een ander alle contractanten voor culpa levissima aansprakelijk stelt, en nog onderscheidene meeningen zich tusschen deze beide uitersten bewegen. Bij zoo groot verschil willen wij dus eerst deze onderscheidene meeningen kortelijk uiteenzetten en beoordeelen, om daarna onze resultaten zamen te vatten.

Teregt zag TOULLIER, [2] de vader der nieuwere Fran-

---

[1] Vgl. MARCADÉ, Explic. du C. N., t. IV, n. 505.

[2] Le droit civil Français, t. VI, n. 230—237. Ook DE PINTO, Burg. Wetb. II, pag. 483, schijnt dit gevoelen te deelen, ofschoon zijne woor-

sche regtsgeleerdheid, in, dat de oude theorie der drie graden met hare talrijke verdeelingen en subtiliteiten door den wetgever verworpen was; maar in plaats van hierdoor tot het ware resultaat te komen, dat nu ieder zich te gedragen had, zoo als de ouden voor hun tweeden graad vorderden, stelde hij als regel, dat thans ieder contractant aansprakelijk was voor culpa levissima. Zoodra de schade slechts eenigermate toerekenbaar is, zoodra men zich slechts iets te verwijten heeft, is men tot schadevergoeding verpligt, in overeenstemming met den regel der goddelijke zedekunde: „wat gij niet wilt, dat u zelven geschiedt, doet dat ook aan anderen niet." Ware dit de bedoeling van de opstellers van den Code geweest, hunne verandering, op eene verwarring van regt en zedekunde berustende, zou geene verbetering geweest zijn. Immers, terwijl het een der hoofdargumenten van Donellus en Hasse was, dat de glossatoren in hun stelsel te streng waren tegenover den commodataris enz., en men niet van iedereen buitengewone talenten of ijver vorderen kan, zou men den Franschen wetgever weinig dank te weten hebben, indien hij die gestrengheid tot *alle* contractanten had uitgebreid, en van iedereen had gevorderd, om zelfs bij zijne geoorloofde handelingen *of* zijn nietdoen met zulk eene allerscherpste naauwkeurigheid op de belangen van anderen te letten.

De fout van Toullier is dan ook voornamelijk die geweest, dat hij de noodwendige onderscheiding in geoorloofde en ongeoorloofde handelingen (*culpa in contractibus* en *culpa legis Aquiliae*) voorbij gezien heeft, en zich tot zijne strenge opvatting heeft laten verleiden door een paar artikelen, welke van de laatste handelen, en dus op onze leer niet van toepassing zijn; nl. art. 1401 vg.

---

den meer direct op de culpa l. Aquil. doelen: hij bespreekt nl. de geheele vraag naar de graden der culpa bij gelegenheid van a. 1401, en verwijst verder naar deze plaats van Toullier.

B. W. (a. 1382 vg. C. N.). Evenals het Romeinsche regt den regel bevatte: „in lege Aquilia et *levissima* culpa venit", [1] zoo vorderen ook deze artikelen bij schade, die uit op zich zelf onregtmatige handelingen ontspruit, slechts de geringste toerekenbaarheid (vgl. ben. § 19); doch, gelijk wij reeds meermalen gelegenheid hadden op te merken, kunnen geen dier beide uitspraken op onze leer van eenigen invloed zijn. Evenmin hebben die artikelen, welke onderscheidene debiteurs aansprakelijk stellen voor schade, door hunne *schuld* toegebragt (aa. 1203, 1300, 1307, 1311 enz. B. W.) eenig gewigt voor TOULLIER's meening: daar zij hiermede niets beslissen omtrent de vraag, hoever zich die *schuld* uitstrekt, en waar zij aan den *casus* grenst. Deze vraag, de eenige, waar het hier op aankomt, kan alleen uit het aangehaalde art. 1271 B. W. beantwoord worden, dat, evenals het Romeinsche regt, ten regel stelt het *gedrag van een goed huisvader*.

Doch op de eerste alinea, waaruit dit resultaat vrij duidelijk voortvloeit, volgt in de tweede eene beperking, waarin gezegd wordt, dat deze verpligting in sommige gevallen of meer of minder uitgestrekt wordt, en de groote vraag is mitsdien, wat men met deze laatste woorden heeft willen zeggen. Velen, nog vervuld van de herinnering aan de onderscheidene culpa-graden, zien hierin eene verwijzing naar de culpa lata ter eener, naar de culpa levissima ter anderer zijde: en dit eerst op den voorgrond gesteld hebbende, doorzoeken zij verder met allen ijver de overige, hier en daar verspreide uitdrukkingen van het wetboek, om daaruit voorbeelden van het voortbestaan dier beide graden te ontleenen. Wat de eerste aangaat, zoo zijn zij, die deze opvatting der alinea 2 verkiezen, het algemeen eens, om in de art. 1392 en 1838 B. W. (aa. 1374 en 1992 C. N.) en in

[1] L. 44 pr. D. ad l. Aq. (9.2).

het bij ons vervallen art. 804 C. N. voorbeelden der culpa lata te zien, omdat daar van eene minder uitgebreide aansprakelijkheid van den schuldenaar sprake is. Wat de andere (de culpa levissima) betreft, zoo bestaat eenig meerder verschil tusschen hen.

DURANTON [1] meent, dat de Code geene verandering in den ouden stand van zaken gebragt heeft; zoo dikwijls HEINECCIUS, POTHIER en de hunnen de diligentia diligentissimi pf. vorderen, even dikwijls moet die ook thans nog betoond worden, zoodra zij van culpa in concreto spreken, bestaat die ook thans nog: zonder dat de uitspraken van den Code hiermede in strijd kunnen geacht worden, daar de meeste artikelen zich vergenoegen met de aansprakelijkheid voor culpa uit te spreken, en het verder aan den uitlegger overlaten, om (volgens hem met het oog op de oudtijds algemeen aangenomen leer) uit te maken, wanneer die culpa aanwezig is. Dit stelsel wordt evenwel evenzeer door den duidelijk uitgedrukten wil des wetgevers, als door de bewoordingen van ons artikel gelogenstraft, daar dit juist geschreven is om laatstgenoemde vraag te beslissen, en die onbepaalde uitspraken bij de enkele contracten gebruikt zijn, niet met het oog op de oude jurisprudentie, maar op art. 1271. Men moet de onderscheiden deelen eener wet uit elkander verklaren (vgl. a. 1384 B. W.); en wanneer de wetgever dubbelzinnige uitdrukkingen gebruikt, geeft

---

[1] Cours de droit Français, t. X, n. 397—416; vgl. ib. t. XVI, n. 209 vgg. Ook DEMOLOMBE schijnt de bepalingen der Pandecten als niet volkomen afgeschaft te beschouwen: althans hij stelt den voogd, in lijnregten tegenspraak met a. 450 C. N. aansprakelijk voor culpa in concreto, zonder anderen grond dan l. 1 pr. D. de Tut. et R. (27.3); z. zijn Tr. de la Min., II, n. 118—121. Ook op andere plaatsen (Absence, n. 102; Usufr. II, n. 626 vg.) spreekt hij, alsof eene culpa levissima ook in het nieuwere regt denkbaar ware: zijn stelsel kan evenwel niet met zekerheid worden opgegeven, daar zijne uitlegging van Liv. III, Tit. 3 C. N. nog niet in het licht verschenen is.

niets ons het regt, die van elders te verklaren, zoo lang er één artikel is, dat daartoe dienstig kan zijn.

Een beteren weg van uit hun standpunt slaat PROUDHON [1] in. Hij tracht, evenals zij dit bij de culpa lata deden, eenige artikelen te vinden, waarin van eene strenger opvatting der aansprakelijkheid wordt gesproken, en trekt daaruit dan de gevolgtrekking, dat dit de gevallen zijn der culpa levissima, die in alinea 2 bedoeld is. Als zoodanig noemt hij art. 1744 en 1782 B. W. (a. 1928 en 1882 C. N.) en het bij ons eenigzins gewijzigde art. 1374 C. N. (a. 1392 B. W.), waarin op verschillende wijzen van eene strengere beschouwing der culpa gewag gemaakt wordt. Niets dwingt ons echter, dit van de culpa levissima der ouden te verstaan: integendeel zijn de uitdrukkingen, die op deze verschillende plaatsen gebruikt worden, overal zoo dat men, bepaaldelijk met het oog op de redactie van ons artikel, moeijelijk tot een ander resultaat kan komen, dan waartoe wij ook voor het Romeinsche regt gekomen zijn: t. w. dat overal de ijver van een goed huisvader den grondslag uitmaakt, en dat deze slechts in het eene geval wat meer, in het andere wat minder gestreng opgevat wordt. Wij zullen dit evenwel eerst later volkomen kunnen aantoonen.

Op eene geheel andere wijze vat TROPLONG [2] a. 1271 al. 2 op. Ook hij ziet in de meermalen besproken woorden eene aanwijzing van de culpa lata en de culpa levissima; maar komt vervolgens tot het resultaat, dat, niettegenstaande van beide hier melding wordt gemaakt, alleen de eerste inderdaad in den Code is opgenomen, en nergens voorbeelden van culpa levissima te vinden zijn. Werkelijk kent de Code dus slechts twee graden

[1] Traité de l'Usufruit, t. III, n. 1542 vgg.

[2] de la Vente, n. 361—399. Ook ZACHARIAE (in de vertaling van MASSÉ en VERGÉ, Par. 1854—1858), t. III, § 548, 2, komt tot hetzelfde resultaat.

van culpa: de *culpa lata*, bestaande in het niet betoonen der zorg, welke men aan zijn eigen belangen besteedt, en *culpa levis*, bestaande in het verzuimen der zorg van een goed huisvader.

In deze ontwikkeling maakt hij zich echter aan menige fout schuldig. Vooreerst is het, zooals boven gebleken is, onjuist, om, hetgeen hij (op gezag van Le Brun en Ducaurroy boven allen twijfel schijnt te stellen) de culpa lata en de culpa in concreto geheel te doen zamenvallen; noch Donellus noch Hasse maken zich aan eene zoo onjuiste opvatting van het begrip der culpa lata schuldig, en art. 1743 B. W. (a. 1927 C. N.), dat hij onder de voorbeelden van culpa lata optelt, kan dus in geen geval daartoe behooren. Maar daarenboven zouden de opstellers van art. 1271 zich hier volgens hem aan eene fout schuldig maken, die niet dan in de hoogste noodzakelijkheid aangenomen mag worden: zij zouden hier, waar zij een overzigt van de leer der culpa geven, de verdeeling in drie graden aannemen, om dan bij de verdere ontwikkeling een dier graden volkomen buiten aanmerking te laten; zij zouden in art. 1271 de theorie der glossatoren, in de overige artikelen de theorie van Donellus huldigen! Tot zulk eene uitlegging mogen wij de toevlugt niet nemen, zoolang eene andere openstaat.

Maar zij is ook niet noodig, wanneer men slechts den onjuisten grondslag, waarop al deze meeningen berusten, verlaat, en zich streng aan de woorden van ons artikel houdende, slechts éénen graad van culpa voor het nieuwere regt aanneemt, die wel nu eens strenger, dan weder zachter opgevat wordt, maar in den grond overal dezelfde blijft. Eerst dan laten zich de boven aangehaalde woorden van Bigot-Préameneu verklaren, omdat het nieuwe systeem inderdaad alsdan eene eenvoudigheid en gemakkelijkheid bezit, waarbij zelfs het Romeinsche regt achterstaat. Eerst dan wordt ook de voorstelling van ons artikel gehandhaafd, dat in de eerste alinea slechts ééne

wijze van handelen als *algemeenen regel* voorop stelt, en de beperking of uitbreiding van al. 2 slechts als gedeeltelijke wijzigingen, niet als zelfstandige graden naast den eerstgenoemden regel plaatst. Men zoude dan ook nimmer tot de onjuiste opvatting dezer alinea gekomen zijn, wanneer de uitleggers zich niet hadden laten leiden door hunne oude herinneringen, en den wensch om of POTHIER of DONELLUS in de nieuwe wetgeving weder te vinden. Beiden (en dit blijkt voldoende uit de geschiedenis der wetgeving [1]) waren den opstellers van den Code Napoléon even weinig voor oogen: en het is alleen door zich, even als zij deden, volkomen van die oude theoriën los te maken, dat men tot het ware stelsel onzer wetgeving kan geraken; een stelsel, dat evenwel ten slotte blijken zal, veel minder van het echte Romeinsche te verschillen, dan de theoriën van hen, die met den text van het Corpus Juris voor oogen, ten doel hadden, de stellingen van JUSTINIANUS geheel weder te geven.

Alle schade ontstaat of door toeval (*casus*), of op eene toerekenbare wijze (*culpa* s. lat.). Dit beginsel, dat, afgescheiden van eenige culpa-theorie, in ieder regtssysteem op den voorgrond moet staan, wordt ook in de tegenwoordige wetgeving erkend (vgl. art. 1280 vg. B. W.); en de vraag is dus wederom: welke schade kan met regt toegerekend worden? Ook hierop kan naar den aard der zaak slechts één antwoord gegeven worden, t. w. voor zoo ver zij of gewild is, of voortvloeit uit eene zoodanige nalatigheid, als met de verpligting des schuldenaars in strijd moet geacht worden. De verdeeling in *dolus* en *culpa* s. str. (*arglist* en *nalatigheid*) is dus

[1] Noch BIGOT-PRÉAMENEU noch FAVARD geven eenigzins te kennen, dat zij door van de oude leer af te wijken, tot de stelsels van DONELLUS, LE BRUN of wien ook, overgaan: veeleer erkennen zij geen anderen grond voor hun systeem dan *l'équité, le droit naturel*, enz. Op enkele ondergeschikte punten bleven ook zij echter niet geheel vrij van den invloed der heerschende Theorie, zoosls wij nader zullen aantoonen.

even noodwendig als de eerstgenoemde, en zelfs al was er in het wetboek geene melding van gemaakt, zouden wij nog niet mogen aarzelen, ze hier te vermelden: zij komt evenwel voor in aa. 1280 en 1283 vg. B. W. Uit deze verdeeling volgt, evenzeer als in het Romeinsche en in elk regtssysteem ter wereld, dat, daar de eerste wijze van toerekening met het wezen der goede trouw in veel directer strijd is dan de andere, men altijd aansprakelijk is, wanneer men ter kwader trouw, met den wil of de wetenschap, dat men schaden zal, gehandeld heeft, doch dat de aansprakelijkheid voor nalatigheid niet even algemeen en noodwendig is.

Tot nog toe ontmoette men geene afwijking van de beginselen van het Romeinsche regt, gelijk zulk eene afwijking trouwens ook moeijelijk denkbaar is: doch als men nu verder gaat, mist men de gelijkstelling van den dolus en culpa lata geheel en al. Zoo als wij boven zagen, waren de Romeinen gewoon, enkele gevallen, die wel niet eigenlijk onder den dolus behoorden, maar waarin toch een zeker doleus karakter moeijelijk te miskennen viel, onder het gebied daarvan mede te begrijpen (pro dolo habere), en was het mitsdien noodig, deze gevallen als *culpa lata* van de overige gevallen der culpa af te zonderen. In onze wetgeving is noch van die gelijkstelling, noch van de geheele culpa lata eenig spoor te ontdekken; [1] en de nieuwere regtsgeleerde, wiens be-

[1] Anders is dit in den Franschen Code, waar in a. 804 de héritier bénéficiaire voor culpa lata aansprakelijk wordt gesteld. Men moet deze bepaling, weinig overeenkomende met het stelsel, dat de wetgever op andere plaatsen gevolgd is, waarschijnlijk zoo verklaren, dat deze bepaling opgenomen was, vóórdat de eigenlijke leer der culpa in behandeling was gekomen, en men ze na de aanneming van het nieuwe, eenvoudiger stelsel heeft verzuimd te veranderen. Hoe dit zij, het Fransche regt is daardoor veel ingewikkelder geworden dan het onze. Ik geloof echter niet, dat deze op zich zelf staande vermelding der culpa lata ons regt geeft, ze ook in andere opzigten (b. v. de gelijkstelling met den

voegdheid zich streng tot de uitlegging der geschreven wetgeving bepaalt, vindt nergens vrijheid, om het gebied van den dolus verder uit te breiden, dan zijn reeds meermalen beschreven karakter streng medebrengt. Het begrip van *dolus* bepaalt zich dus tot den wil of de wetenschap, dat men zal schaden: [1] en in deze afwijking van het Romeinsche regt ligt juist de grond van de grootere eenvoudigheid van het nieuwe regt opgesloten, daar nu alle culpa van één en dezelfde soort is, en men zich niet meer te bekommeren heeft om verschillende graden, die zoo ligt tot eene verkeerde opvatting kunnen aanleiding geven, en ook reeds genoeg gegeven hebben.

Met nog meer regt dan de Romeinen, kunnen wij dus den regel voorop stellen: „Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam." [2] Die culpa, overeenkomende met datgene, wat ook bij de Romeinen in den meest eigenlijken zin door dat woord werd uitgedrukt, en derhalve met de culpa levis der glossatoren, bestaat (en dit wordt door alin. 1 van art. 1271 buiten allen twijfel gesteld) in het niet aanwenden der zorg van een goed huisvader. En hoe zou dit ook anders? Is het waar, wat wij in § 12 gezien hebben, dat de vordering van het Romeinsche regt te dezen aanzien geen willekeurige eisch was, maar integendeel met den

---

dolus) te doen herleven: hiertoe geeft ook de Code Nap. nergens aanleiding. Alleen zal men voor het Fransche regt, in plaats van *twee*, drie wijzen van aansprakelijkheid dienen aan te nemen, t. w. dolus (de uitleener), culpa lata (de bénéficiaire erfgenaam), culpa levis (alle overigen). Vgl. Toullier, IV, n. 373; Marcadé, III, n. 259.

[1] Het laatste wordt door onzen wetgever bepaaldelijk op den voorgrond gezet, vgl. a. 1790: de fijnere onderscheiding tusschen den wil om te schaden, en de wetenschap dat men schaden zal, waardoor wij boven (pag. 34) eenige uitspraken der Pandecten verklaard hebben, kan men dus bij ons niet meer aannemen. In den regel zullen deze beide begrippen dan ook zamenvallen.

[2] L. 23 in. D. de R. J. (50.17).

aard der zaken geheel overeenkomstig; is het waar, dat bij iedere overeenkomst de partijen noodwendig moeten geacht worden, elkander voor knappe, ijverige lieden te houden, en ook het gedrag van zulke menschen van elkander te verwachten, dan kan het ons niet bevreemden, dat zoowel de Romeinsche regtsgeleerden als onze wetgevers, zich alleen door hun gezond verstand latende leiden, tot hetzelfde resultaat zijn gekomen. Overal, waar de aansprakelijkheid niet tot dolus beperkt wordt, vordert men dus van den schuldenaar het gedrag van een goed huisvader: en, zoo dikwijls gesproken wordt van nadeelen, ontstaan door de *schuld* van den verkooper, huurder enz., is dat alleen de regel, waarnaar beslist wordt, of zoodanige schuld aanwezig is of niet. Wanneer daarom ons regt geene bepaalde afwijking van het Romeinsche regt vertoont, zal men ook in dit onderwerp de uitspraken der Romeinsche regtsgeleerden met vrucht kunnen raadplegen, niettegenstaande het de wensch van onzen wetgever was, een eigen en zelfstandig stelsel omtrent de culpa daar te stellen.

Bij de ontwikkeling van het Romeinsche regt (§ 12, 13) is verder aangetoond, hoe het gedrag van een ijverig huisvader wel den regter een goeden leiddraad bij zijne beslissing aan de hand kan geven, maar hoe daarentegen de meest verschillende omstandigheden op de beoordeeling der enkele gevallen van invloed kunnen zijn, en men zich vooral wachten moet, daarin een zekeren en vasten regtsregel te zien, waaraan ieder voorkomend geval blindelings getoetst moet worden. Integendeel, menige handeling zal nu eens er onder behooren, dan niet, en terwijl het eene geval de meest strenge toepassing vereischt, zal het andere met eene mildere opvatting tevreden zijn. Hetzelfde resultaat bevat alinea 2 van ons artikel, en daardoor alleen, niet door hier van graden te spreken, waaraan de wetgever niet gedacht heeft, komt men tot de ware uitlegging dier veel-

besproken woorden. Van die meer of min strenge opvatting zijn enkele voorbeelden in het wetboek opgenomen, en zullen in de volgende paragraaf door ons besproken worden: de verdere toepassing dient aan den regter te worden overgelaten. Het volkomen gebrek aan scherpe grenzen in deze leer, en het feitelijke der meeste vragen, die zich hier kunnen voordoen, maken het noodwendig, den regter hier eene uitgebreide arbitrale magt toe te staan, en het zal dus ook thans, niet minder dan bij de Romeinen, zijne pligt zijn, om bij elk voorkomend geval, met inachtneming van alle omstandigheden, uit te maken, wat men ex bono et aequo onder de verpligting des schuldenaars al of niet trekken zal (vgl. art. 1375 B. W.).

Onder de verschillende beperkingen, die zijne verpligting ondergaan kan, hebben wij in het Romeinsche regt de beperking tot *diligentia q. s.* ontmoet, en ook thans komt deze, doch alleen bij het depositum, voor. Wat daaronder te verstaan zij, kan nu evenwel geene moeijelijkheid meer baren. Niets dwingt ons, hierbij aan eene culpa lata te denken, en het is onmiskenbaar, dat Troplong e. a., die tot de gelijkstelling dezer beide kwamen, alleen door een verkeerd begrip van het Romeinsche regt daartoe geleid werden. In het nieuwe regt is de verhouding dezer culpa tot de overige geene andere dan in het Romeinsche regt: en de nadere beschouwing van art. 1743 B. W. zal het ons leeren, dat ook bij ons dit op zich zelf staande voorbeeld der oude culpa in concreto niets anders is, dan eene beperking en wijziging der gewone diligentia diligentis pf.

Het algemeene schema van de leer der culpa heeft dus in het nieuwe regt slechts ééne belangrijke afwijking van het Romeinsche regt, door het wegvallen der culpa lata: al het overige is volkomen op zijne plaats gebleven, en nog staan de onderscheidene uitdrukkingen in dezelfde verhouding tot elkander. Eene andere afwij-

king is deze, dat niet langer iedere categorie dezelfde contracten in zich bevat, en bepaaldelijk het gebied der gewone culpa levis zich, ten koste zoowel der culpa lata, als der culpa in concreto, aanmerkelijk uitgebreid heeft: deze wijzigingen zullen echter eerst bij het bespreken der afzonderlijke artikels duidelijk kunnen worden. [1]

§ 19.

De culpa in de verschillende verbindtenissen.

In de vorige paragraaf is bij de uitlegging van art. 1271 B. W. gebleken, door welke algemeene beginselen de leer der nietaquilische culpa in ons regt beheerscht wordt; de vraag blijft dus nog alleen over, in welke bepaalde

---

[1] Het hier ontwikkelde komt hoofdzakelijk overeen met hetgeen geleerd wordt door D' HAUTHUILLE, de la pr. d. faut. (Rev. de lég., II, p. 342), die echter de culpa in concreto behouden wil, zoo dikwijls die volgens HASSE in het Romeinsche regt voorkwam; MARCADÉ, Explic. du C. N. t. IV, n. 506 vgg.; MASSÉ en VERGÉ, ad Zach. III, § 548, 5; OPZOOMER, Burg. Wetb. II, p. 238 vg.; DIEPHUIS, Burg. Regt, VI, n. 45—50. Alleenlijk wil laatstgenoemde de woorden *meer of minder uitgestrekt* als op zich zelf staande opvatten, zoodat het meer strenge op den algemeenen regel wijst, en het minder gestrenge de eenige uitzondering is, op grond, dat men nooit tot meer dan tot het gedrag van een goed huisvader kan gehouden zijn. Dit laatste neem ook ik aan, doch ook binnen de grenzen van het gedrag van een goed huisvader, kan aanleiding zijn tot eene strengere opvatting dan zulks in den regel geschiedt, zonder dat men daarom tot de culpa levissima der ouden behoeft te komen (vgl. boven § 13). Eene toepassing daarvan vindt men bij de bruikleening, wanneer men de daar aangehaalde voorbeelden niet als gevallen van casus, maar, gelijk zij werkelijk zijn, culpa, opvat. Dat dit de meest juiste opvatting is, en men dus daarin werkelijk een geval heeft, waarin het begrip van culpa uitgestrekter is dan al. 1 van art. 1271 in den regel met zich brengt, zullen wij daar ter plaatse aantoonen. De uitlegging van DIEPHUIS dunkt ons in strijd met de beteekenis der woorden, zooals zij bij een onbevangen lezing iedereen moeten voorkomen: daar de laatste zin *waarvan . . . worden* zoowel op het *meer* als op het *minder* dient te slaan.

gevallen de regel van alinea 1 van dat artikel plaats vindt, en welke gevallen onder de uitzonderingen van alinea 2 moeten gebragt worden. De beantwoording dezer vraag zal gemakkelijk worden door een overzigt der verschillende artikelen, waarin ons onderwerp bij de onderscheidene contracten nader geregeld wordt; te meer omdat wij daardoor gelegenheid zullen hebben, om de juistheid der door ons verkregen resultaten aan de bijzondere uitspraken te toetsen. Niet elke titel bevat zulk eene herhaling of toepassing van den in art. 1271 gegeven regel, en zoo dikwijls die ontbreekt (zooals o. a. bij den koop en verkoop het geval is [1]), zal men zich dus aan het algemeene voorschrift van alinea 1 moeten houden; veelal evenwel vindt men bij de enkele contracten eene nadere aanwijzing van den algemeenen regel, of wel eenige voorbeelden van gewijzigde toepassing; en het zijn vooral deze laatste, die ons ter verdere ontwikkeling van de meening des wetgevers de behulpzame hand kunnen bieden.

Het eerste artikel van ons burgerlijk wetboek, dat op onze leer toepasselijk is, is:

Art. 160, al. 3. 4. B. W.

De man bestuurt de goederen aan de vrouw persoonlijk toebehoorende, tenzij het tegendeel zij bedongen.

---

[1] Ook bij de schenking: de schenker zal dus, zoodra de obligatie tot stand gekomen is, tot op de levering, als een goed huisvader voor de geschonken zaak moeten zorgen. Dat hierover bij de Romeinen geene bepalingen bestondon, spreekt van zelf, daar de schenking geene obligatio was; doch nu de nieuwere regtssystemen de schenking als eene overeenkomst opvatten, was er m. i. alle grond aanwezig, om bij de schenking in de eerste plaats de aansprakelijkheid tot dolus te beperken, zooals o. a. geschiedt in het Pr. LR. I, Tit. 11, § 1084. Alle redenen, die bij de verpligting van den uitleener voor die beperking spreken, zijn in nog grootere kracht bij den schenker aanwezig. Daar echter de wet nergens deze uitzondering bevat, dienen wij ook op den schenker den regel van art. 1271 toe te passen.

Hij moet die goederen als een goed huisvader beheeren, en is voor alle verzuim in dat beheer verantwoordelijk. Men heeft hier weinig meer dan eene herhaling van art. 1271: de man moet het eigen goed der vrouw besturen als een goed huisvader, en kan bij verzuim daarvan tot vergoeding worden aangesproken. De grond voor die bepaling ligt daarin, dat de man, ook in geval van gemeenschap van winst en verlies, of van vruchten en inkomsten, als wettelijke lasthebber der vrouw dient beschouwd te worden, en mitsdien tot dezelfde verpligting als elk ander lasthebber gehouden is [1]. Er is hierin dan ook volstrekt geene afwijking van het Romeinsche regt gelegen, dat den echtgenoot voor diligentia q. s. aansprakelijk stelde, daar de dos, ofschoon de vrouw er regt op behield, gedurende het huwelijk het eigendom van den man werd [2]: de hier bedoelde goederen blijven daarentegen het eigendom der vrouw, en de man heeft er alleen in haren naam het beheer over. Eindelijk lette men wel op, dat hier geene sprake is van de gemeen geworden goederen; wanneer de man daarover aan de vrouw rekenschap verschuldigd was, zoo zou zulks in strijd zijn met het begrip van het huwelijk; hier is het oppergezag van den man voldoende gehandhaafd, wanneer hij door de wet het beheer ontvangt over goederen, die geheel het eigendom zijner vrouw zijn, en waarop hij meestal hoegenaamd geen regt heeft. [3]

Art. 443 B. W. (a. 450 C. N.)

De voogd moet de goederen van den minderjarige als een goed huisvader besturen, en is verantwoordelijk voor

---

[1] Vgl. Marcadé, Explic., V, p. 522.

[2] Vgl. Gaji Inst. II, § 63; l. 7 § 3, l. 8, 75 D. de J. D. (23.3).

[3] Het voorschrift van art. 160 is dus te verkiezen boven de strijdige bepaling van het oud-Hollandsche regt, en van het ontwerp van 1830, welke den man van alle verantwoordelijkheid ontsloegen; vgl. Diephuis, I, n. 706.

de kosten, schaden en interessen, die uit zijn slecht beheer zouden kunnen voortvloeijen.

Ook dit artikel bepaalt zich tot eene herhaling van art. 1271: de voogd moet handelen als een goed huisvader, zonder dat het hem vrij zal staan, zich te bedienen van de verontschuldiging, welke het Romeinsche regt hem toestond, indien hij zich in zijn eigen zaken aan dezelfde nalatigheid schuldig maakte. De afwijkingen, welke ons regt in deze leer tegenover het Romeinsche vertoont, zijn alle naar de strengere zijde: en deze strengere rigting heeft zich vooral door beperking van den omvang der diligentia q. s. kenbaar gemaakt. Het is niet onwaarschijnlijk, dat de wijze, waarop deze door de regtsgeleerden voorgesteld is, en de eenigzins abnormale plaats, welke zij, als door een bijzonderen maatstaf gemeten, in hunne stelsels innam, het hare er toe bijgedragen hebben, om den nieuweren wetgever daarvan afkeerig te maken: zooveel althans is zeker, dat zij, met ééne uitzondering, in het nieuwere regt geene plaats gevonden heeft.

De gevolgen dezer meerdere gestrengheid zijn evenwel (bij de voogdij ten minste) niet geheel af te keuren: daar de pupil, die zich geheel buiten zijn toedoen de inwerking van vreemden op zijne belangen getroosten moet, niet minder bescherming dient te ondervinden, dan de kooper of verhuurder, die het toch in zekeren mate ook zich zelven te wijten hebben, als zij hunne zaken in de handen van minder geschikte personen laten. Ook het eenigzins gewijzigd karakter der voogdij, die thans meer als een munus publicum, van staatswege en in het belang van den pupil uitgeoefend wordt, doch bij de Romeinen meer als een familieregt beschouwd werd, brengt de strengere behandeling der voogden als van zelf met zich mede. Hetzij de wetgever zich deze gronden dus al of niet voor den geest heeft gesteld, kan men zijne bepaling met het oog op de belangen der

hulpeloozen, voor wie het regt in de eerste plaats zorgen moet, moeijelijk anders dan goedkeuren. [1]

Art. 831 B. W. (a. 601 C. N.)

De vruchtgebruiker moet . . . zekerheid stellen, dat hij van de zaak, waarvan hij het vruchtgebruik heeft, als een goed huisvader zal gebruik maken, zonder dezelve te verslimmeren of te verwaarloozen.

Na het boven gezegde hebben deze woorden weinig of geene opheldering noodig; en ook PROUDHON [2] zoude, wanneer hij zich streng daaraan had gehouden, niet tot de meening gekomen zijn, dat de vruchtgebruiker voor culpa levissima aansprakelijk is. DUMOULIN [3], op wien hij zich beroept, heeft geen gezag tegenover de duidelijke woorden der wet, welke van hem het gedrag van een goed huisvader vorderen, d. i. hetzelfde, wat a. 1271 van alle andere schuldenaren verlangt. [4]

Art. 1079 B. W. (a. 803 C. N.)

De erfgenaam, die de nalatenschap onder het voorregt van boedelbeschrijving heeft aanvaard, is verpligt de daartoe behoorende goederen als een goed huisvader te besturen.

Even als in de vorige artikelen, heeft men hier eene enkele herhaling van den algemeenen regel.

---

[1] Vgl. TOULLIER, Droit Civil, II, n. 1188; MARCADÉ, II, n. 245; SCHÜLLER, ad h. a.; DIEPHUIS, II, n. 883; DE PINTO, II, bl. 171. Ten onregte beweert DEMOLOMBE, de la Minorité, II, 121, dat de voogd ook voor culpa levissima aansprakelijk is, zoodra hij in eigen zaken een paterfamilias diligentissimus is, omdat hij diligentia q. s. praesteert: men kan daartegen inbrengen, 1. dat de voogd geene diligentia q. s. praesteert, omdat de nieuwe wetgeving dat nergens bepaalt, 2. dat de aansprakelijheid voor culpa levissima door den C. N. uitgesloten is, 3. dat, al neemt men die beide zaken aan, de diligentia q. s. alleen voorkomt als beperking der gewone culpa levis, nergens als uitbreiding.

[2] Vgl. zijn Traité de l'Usufruit, III, n. 1542 vgg.

[3] Z. DUMOULIN, sur la cout. de Par. I, 1, gl. 8, n. 61.

[4] Alle overige uitleggers zijn het dan ook hieromtrent eens; TOULLIER, III, n. 424 vg.; DEMOLOMBE, Usufr. II, n. 627; DIEPHUIS, IV, n. 178 vgg.

Art. 1203 B. W. (a. 2080 C. N.)

De schuldeischer is verantwoordelijk voor het verlies of de vermindering van het pand, voor zoo verre zulks door zijne nalatigheid mogt hebben plaats gehad.

Op het oog schijnt dit artikel, evenals eenige andere, waarin dezelfde uitdrukking voorkomt, voor het in de vorige paragraaf besproken stelsel van TOULLIER te pleiten, dat nl. niets dan toerekenbaarheid, culpa levissima, noodig is, om den pandhouder voor de schade verantwoordelijk te stellen: doch deze geheele redenering vervalt, wanneer men het onzekere der uitdrukkingen *door zijne nalatigheid, schuld* enz. bedenkt, welke eigenlijk op zich zelve niets beteekenen. Wanneer van elders vaststaat, dat de daad, die tot schade aanleiding gaf, onregtmatig was, ja, dan heeft men verder geene andere vraag te stellen dan die, of die daad toerekenbaar was, om de verpligting tot schadevergoeding aan te nemen. Maar wanneer (zooals hier) sprake is van op zich zelf geoorloofde handelingen of verzuimen, moet de eerste vraag zijn, of deze in het aanhangige geval werkelijk iets onregtmatigs daarstellen, en kan de vraag naar de toerekenbaarheid eerst in de tweede plaats komen.

Bijna in ieder geval zou men kunnen beweren, dat de schade het gevolg is van eenige nalatigheid van de zijde van den pandhouder enz., zoo dikwijls zij namelijk door meerdere zorgvuldigheid van zijne zijde had kunnen voorkomen worden. De gestolen zaak had nog naauwlettender kunnen bewaakt worden, het gestorven vee had nog strenger van de besmetting kunnen afgehouden worden: in al die gevallen is de schade dus een gevolg daarvan, dat men dat verzuimd heeft. Maar wanneer men hem daarom telkens die schade wilde doen vergoeden, dan zou men tot de meest onregtvaardige gevolgtrekkingen komen, en niemand, ook de meest zorgvuldige niet, zou dan gedekt wezen, daar bijna altijd eene

nog strenger oplettendheid de schade zou verhinderd hebben. Men moet dus ook bij ons onderscheid maken tusschen die gevallen, waarin de nalatigheid met de verpligting des debiteurs in strijd is, en die, waarin de nalatigheid zoo gering is, dat zij ingevolge den algemeenen regel niet als ongeoorloofd kan aangemerkt worden. Alleen de eerste kan als nalatigheid in wettelijken zin, als schuld, worden beschouwd: alleen magna negligentia culpa est.

De uitdrukking van ons artikel kan dus door niemand (noch door TOULLIER, noch door DURANTON, TROPLONG of wien ook) als argument voor zijn stelsel aangehaald worden, daar zij zoo algemeen en onbestemd is, dat zij noodwendig van elders aanvulling behoeft. En waar zal men die aanvulling anders zoeken dan in het hoofdartikel der geheele leer, art. 1271? De pandhouder, zoowel als de verkooper, huurder enz. moet derhalve handelen als een goed huisvader, heeft hij dat verzuimd, dan eerst is de daaruit gevolgde schade in den zin van ons artikel als een gevolg zijner nalatigheid te beschouwen. [1]

Art. 1300, al. 2 B. W. (a. 1182, al. 2 C. N.)

Indien de zaak (in eene voorwaardelijke verbindtenis) geheel en al is verloren gegaan buiten toedoen van den schuldenaar, blijft er noch van de eene, noch van de andere zijde, eenige verbindtenis bestaan.

Vgl. art. 1300 al. 3, 4, art. 1307, 1311, 1312, 1321 B. W. (a. 1182, al. 3, 4, a. 1188, 1193, 1194, 1205 C. N.).

In al deze artikelen wordt gehandeld van het geval, dat het verlies of de vermindering der zaak heeft plaats gehad door *toedoen* of *schuld* (par la *faute*) van den schuldenaar. Wat daarmede bedoeld wordt, is, met het oog op de algemeene regels van de leer der culpa, gemakkelijk te beantwoorden. Is de vermindering of het

[1] Vgl. TROPLONG, du Gage, n. 424—433; DIEPHUIS, V, n. 880.

verlies het gevolg eener onregtmatige daad van den schuldenaar, dan is het voldoende, dat die daad toerekenbaar zij, om ook de daaruit gevolgde schade als door zijn toedoen ontstaan te beschouwen: is zij daarentegen het gevolg eener regtmatige daad of van eenig verzuim, dan is het noodig, den regel van art. 1271 in te roepen, en wordt de vraag gesteld, of hij zoo voor de zaak gezorgd heeft, als een goed huisvader zou gedaan hebben. Heeft hij dat niet gedaan, dan wordt in dit geval de schade als een gevolg van zijn toedoen beschouwd. [1]

Art. 1392 B. W. (a. 1374 C. N.)

Hij (de *negotiorum gestor*) is gehouden opzigtelijk zijn beheer de pligten van een goed huisvader te vervullen.

Niettemin is de regter bevoegd om de vergoeding der kosten, schaden en interessen, welke door schuld of nalatigheid des waarnemers mogten veroorzaakt zijn, te matigen, naar gelang der omstandigheden die hem tot de waarneming der zaak bewogen hebben.

In dit artikel hebben wij het eerste voorbeeld, en tevens de beste uitlegging van art. 1271, alin. 2. De negotiorum gestor moet het beheer, dat hij op zich genomen heeft, als een goed huisvader volvoeren [2]: maar naar gelang van de redenen, die hem daartoe bewogen hebben, zal de regter eene meer of min strenge opvatting

---

[1] De uitleggers zijn gewoon, deze uitdrukkingen met stilzwijgen voorbij te gaan; de verklaring, die zij er aan geven, hangt natuurlijk af van het stelsel, dat zij bij art. 1271 omhelsd hebben.

[2] Waarom dit minder streng zou zijn, dan de bepaling van art. 1838 omtrent den lasthebber (zooals MARCADÉ, V, p. 250, en DIEPHUIS, VI, n. 620 willen), kan ik niet inzien: beide zijn gehouden tot het gedrag van een goed huisvader, en bij beide komt de bepaling voor, dat men in het eene geval hierbij minder streng zal zijn dan in het andere. Het minst strenge geval van mandaat zal dus zeker zachter beoordeeld worden dan het meest strenge van negotiorum gestio: een ander verschil bestaat er tusschen de beide gevallen niet, daar in den grond één regel, de zorg van een goed huisvader, beide gelijkelijk beheerscht.

van die verpligting kunnen kiezen. Geen woord, dat hierbij op eene beperking tot culpa lata doelt: integendeel, de uitdrukkingen, welke de wetgever gebruikt, wijzen zoo duidelijk, als men slechts kan wenschen, zijne meening aan, dat binnen de grenzen van den vooropgestelden algemeenen regel de regter zijne arbitrale magt in zulk een geval op de meest zachte wijze zal gebruiken. Alleen de te scherpe onderscheiding van vele regtsgeleerden, waarvoor men zich in deze leer boven alles wachten moet, en waaraan ook de meeste dwalingen der oude theorie met hare spitsvondige verdeelingen en onderverdeelingen toe te schrijven zijn, is de oorzaak, dat men zich ook hier geene zachtere of strengere interpretatie heeft kunnen denken, zonder dadelijk zich een paar nieuwe graden voor te stellen (vgl. boven pag. 159).

Thans, nu men deze fout meer en meer begint in te zien, gelooven wij, dat dit artikel slechts weinig opheldering noodig heeft. Zeer verschillend zijn de omstandigheden, waaronder zich het geval eener negotiorum gestio denken laat. Het kan zijn, dat een correspondent, die gewoonlijk onze belangen waarneemt, meent eene bijzonder voordeelige handeling op onzen naam te kunnen wagen, zonder vooraf gelegenheid te hebben, om ons advies in te winnen: in zulk een geval zal zijne aansprakelijkheid weinig of niet van die van een gewoon mandataris verschillen. Doch het is ook denkbaar, dat zich dit quasi-contract onder andere omstandigheden voordoet; wanneer b. v. iemand zich onder het een of ander voorwendsel meent in onze zaken te kunnen indringen, dan is het niet meer dan billijk, dat hij zich ook met hart en ziel aan onze belangen wijdt, opdat zijne ongevraagde diensten ons niet nadeel in plaats van voordeel aanbrengen: zijne aansprakelijkheid moet daarom zoo streng mogelijk worden opgevat [1], gelijk wij boven zelfs gezien hebben,

[1] Ook al maakt de wet van dit geval geene melding, gelooven wij

dat de Romeinen dit geval als een voorbeeld der meest strenge opvatting bepaaldelijk op den voorgrond stellen. Van den anderen kant is echter ook het geval denkbaar, dat een vriend bemerkt, dat wij door afwezigheid of anderzins groot gevaar van schade loopen, en zich door belangelooze vriendschap gedreven voor ons in de bres stelt; zulk een hard te behandelen, zou de grootste onbillijkheid zijn, en teregt legt ons artikel den regter dus de verpligting op, om in zulk een geval zoo min mogelijk gestreng te zijn, de zorg van een goed huisvader zoo zacht mogelijk te nemen. [1]

In allen gevalle is dit artikel dus eene toepassing van

---

echter, dat de arbitrale magt des regters (art. **1375**) hem de bevoegdheid geeft, in zulk een geval strenger dan gewoonlijk te oordeelen, mits hij binnen de perken der diligentia diligentis pf. blijft. Anders Diephuis, VI, n. **622**. De onbestemdheid dezer verpligting is daarom zoo gelukkig, omdat zij den regter de gelegenheid geeft, op alle omstandigheden, verzwarende zoowel als verligtende, te letten, zonder zijne magt te buiten te gaan. Ofschoon de wet dus alleen van de verligtende omstandigheden gewag maakt, zullen ook de verzwarende invloed op zijne beslissing moeten hebben, alleen verbiedt de wet hem iets meer te vorderen, dan men onder het gedrag van een goed huisvader begrijpen kan.

[1] De verpligting van den negotiorum gestor bestaat dus altijd in de diligentia diligentis pf., en bepaaldelijk is hij nimmer voor *casus* aansprakelijk. Wanneer Opzoomer, III, bl. **50** hiertegen eene uitspraak van Proculus in l. **11** D. de N. G. (**3, 5**) aanhaalt, zoo zou men met hetzelfde regt kunnen beweren, dat ook de verkooper, huurder, lasthebber, kortom allen, die voor dilig. dilig. pf. instaan, casus te praesteren hebben, daar zij allen de casus vergoeden, welke het gevolg zijn van hun verzuimen dier diligentia. In allen gevalle is dit dus niet iets bijzonders bij den negotiorum gestor. Daar evenwel in zulke gevallen de schade niet meer beschouwd wordt als een gevolg van het toeval, maar van het verzuim, zoo is het beter, hier, ter voorkoming van verwarring, niet meer van *casus* te spreken, maar van *negligentia*, of liever van *custodia*, welke dat deel der diligentia is, dat gewijd is aan het voorkomen van zulke toevallen; vgl. boven § **14**, en ben. ad art. **1782**. Dat hij voor werkelijke casus niet aansprakelijk is, blijkt ten overvloede uit l. **22** C. de N. G. (**2.19**).

den boven op den voorgrond gestelden regel, dat de regter bij het beslissen van deze grootendeels feitelijke kwestiën een grooten invloed aan de heerschappij der onderscheidene omstandigheden zal moeten toekennen; terwijl het tevens ter opheldering kan dienen van a. 1271, al. 2, indien het nog aan twijfel mogt onderhevig zijn, wat aldaar bedoeld is door „de meerdere of mindere uitgestrektheid der verpligting." [1]

Art. 1401 vg. B. W. (aa. 1382 vg. C. N.)

Elke onregtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebragt, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verpligting om dezelve te vergoeden.

Een ieder is verantwoordelijk, niet alleen voor de schade welke hij door zijne daad, maar ook voor die welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt heeft.

Deze artikelen, ofschoon eigenlijk niet op ons onderwerp, maar op de culpa Aquiliana van toepassing, heb ik echter gemeend, niet geheel met stilzwijgen te mogen voorbijgaan, omdat beide onderwerpen zoo naauw met elkander verbonden zijn, en zoo ligt tot verwarring aanleiding kunnen geven. De veranderde redactie van den aanvang van art. 1401 [2] maakt het echter, zoo noodig, nog duidelijker dan het onder de Fransche wetgeving was [3], dat hier alleen sprake is van *onregtmatige* daden,

---

[1] Vgl. verder Toullier, XI, n. 35—38, die echter ten onregte bij al. 2 de oude beperking tot dolus en culpa lata wil doen herleven; Duranton, XIII, n. 666; Zachariae, IV, § 622, 8; Marcadé, V, p. 250 vg.; Diephuis, VI, n. 620—622.

[2] In den Franschen Code stond: »Tout fait *quelconque*." Om de vele regtsgedingen te voorkomen, welke deze dubbelzinnige uitdrukking zou kunnen voortbrengen, is dit bij ons verbeterd; Asser, § 716; de Pinto, II, bl. 433; Diephuis, VI, n. 662.

[3] Ook onder den Code namen de meesten deze uitlegging aan, daar alleen bij onregtmatige daden van *schuld* (*faute*) sprake kan zijn: Toul-

die reeds in abstracto, en in het algemeen voor elken dader eene regtsschennis vormen. Het spreekt wel van zelf, dat hiermede niet alleen de eigenlijke delicten, zooals zij door de strafwet verboden zijn, bedoeld worden: het is voldoende, wanneer de daad civiliter onregtmatig was, m. a. w. wanneer zij, ook zonder dat eenige obligatio tusschen beide behoefde te komen, eene overschrijding van regtsbevoegdheid daarstelde, een daad was, waartoe men geen regt had [1]. Hetzelfde is ook het geval met de nalatigheid of onvoorzigtigheid [2], waarvan in art. 1402 gesproken wordt: wanneer zij in strijd is met de verpligting, die elk lid eener beschaafde maatschappij opgelegd is, om binnen zekere grenzen ook aan zijne medemenschen te denken, wanneer zij in strijd is met de algemeene, in abstracto bestaande menschenpligt, dan, maar ook dan alleen, valt zij onder het gebied dezer artikelen. Evenmin als wij echter de schade door positive handelingen beperkt hebben tot zulke daden, welke door de wet als delicten worden gekwalificeerd, evenmin meenen wij hier alleen van het nalaten van handelingen, die door *de wet* bevolen zijn, te mogen spreken [3]: ook zonder zulk een voorschrift laten zich wel gevallen van ongeoorloofde nalatigheid denken, waarbij de regter evenwel hoogst voorzigtig in zijn oordeel zal dienen te werk te gaan.

LIER, XI, n. 119; DURANTON, XIII, n. 699; ZACHARIAE, IV, § 624; MARCADÉ, V, p. 265.

[1] Vgl. DE PINTO, II, bl. 433; DIEPHUIS, VI, n. 663. Men onderscheidt de onregtmatige daden daarnaar in delicten en quasidelicten, al naardat zij door de strafwet verboden zijn of niet. Eene eigenaardige beteekenis legt MARCADÉ, t. a. p. in deze uitdrukking, daar hij van delicten spreekt, als er animus nocendi voorhanden is geweest, van quasidelicten, als die ontbroken heeft. De geheele verdeeling dient echter nergens toe.

[2] Dit wordt door MARCADÉ, t. a. p. n. II, teregt aangetoond tegen TOULLIER, XI, n. 117. Vgl. verder ZACHARIAE, IV, § 625, 1, en DIEPHUIS, VI, n. 670.

[3] Dit wil b. v. MARCADÉ t. a. p.

Staat dus eerst vast, dat de daad of het verzuim onregtmatig is, dan is het verder voldoende te onderzoeken, door wiens *schuld* zij gepleegd zijn, d. i. wien zij toerekenbaar zijn. Even als het Latijnsche woord *culpa*, komt het woord *schuld* dus hier in zijne ruimste beteekenis voor; het is genoeg, dat men in het genot zijner vrijheid en zijner verstandelijke vermogens gehandeld hebbe [1], een onderzoek naar den omvang of den aard der schuld is niet noodig.

„Ainsi," zegt TOULLIER [2], „point d'excuse sur l'intention ni sur la qualité de la faute. La loi, d'accord avec la raison, veut qu'on répare le dommage causé par la faute la plus légère: car il est, sans contredit, plus juste que l'auteur même indirect du dommage, en supporte la perte, quelque légère que soit sa faute, que celui à qui on n'en saurait reprocher aucune."

Eene verdere ontwikkeling van de talrijke vraagpunten, waartoe deze artikelen aanleiding kunnen geven, ligt echter geheel buiten de grenzen, welke ik mij in deze proeve gesteld heb; daar zij geheel en al tot het andere deel onzer leer, de Aquilische culpa, betrekking hebben [3]. Ik zou ze dan ook niet eens hier opgenomen hebben, ware het niet om deze waarheid bepaaldelijk te doen uitkomen tegenover hen, die, met TOULLIER, beide deelen der culpa verwarrende, zich op deze artikelen beroepen ter staving hunner gevoelens omtrent de culpa bij verbindtenissen. Niets (en het is een der hoofdverdiensten van HASSE, dit aangetoond te hebben) kan meer onderscheiden zijn dan deze beide onderwerpen; in het eene geval is sprake van eene nieuw te vestigen obli-

---

[1] TOULLIER, XI, n. **153**; MARCADÉ, t. a. p.; DIEPHUIS, VI, n. **665**.

[2] TOULLIER, t. a. p.

[3] Men vgl. omtrent dit punt, TOULLIER, XI, n. **116—229**; DURANTON, XIII, **697—729**; ZACHARIAE, IV, § **624—629**; MARCADÉ, V, p. **264—267**; DE PINTO, II, bl. **483**; DIEPHUIS, VI, n. **661—673**.

gatio, in het andere bestaat de obligatio noodwendig vooraf, en is het alleen eene wijziging daarvan, welke de culpa bewerken kan. In het eene geval wordt de ongeoorloofdheid als ontwijfelbaar verondersteld, en is men dus altijd *schuldig* (*in culpa*), wanneer men de toerekenbare pleger der overtreding geweest is: in het andere blijkt die onregtmatigheid niet zoo dadelijk, en is het juist de roeping van de leer der culpa uit te maken, of zij in het bepaalde geval al dan niet aanwezig is.

Ook in ons regt moet de scherpe onderscheiding tusschen beide gevallen dus nog steeds in het oog gehouden worden, wil men zich eenig helder denkbeeld vormen van hetgeen noodig is ter beantwoording van de vraag, of de dader in elk der beide gevallen tot vergoeding gehouden is.

Art. 1427 B. W. (a. 1245 C. N.)

De schuldenaar van eene zekere en bepaalde zaak is bevrijd door de afgifte der zaak, in den staat waarin dezelve zich ten tijde der levering bevond, mits de verminderingen, welke die zaak mogt ondergaan hebben, niet door zijn toedoen of verzuim veroorzaakt zijn, noch ook door de schuld of het verzuim van zoodanige personen voor welke hij verantwoordelijk is.

Vgl. art. 1480 vg. B. W. (a. 1302 vg. C. N.)

Dit artikel, waarin de schuldenaar aansprakelijk wordt gesteld voor alle schade, door zijn toedoen of verzuim [1] (culpa in faciendo of in non faciendo in den zin van Donellus) ontstaan, draagt evenmin als het boven besproken art. 1300 B. W. iets bij ter opheldering van de leer der culpa. Tot de verklaring der hier gebruikte woorden verwijzen wij dus alleen naar het aldaar gezegde.

---

[1] In denzelfden zin spreken a. 1300, 1307, 1312, 1321 en 1481 van *toedoen* alleen, en a. 1312 al. 2 en a. 1480 van *schuld*. Waarom in het belang eener zekere regtstaal en ter voorkoming van verwarring, niet overal één uitdrukking gebruikt: *door de schuld van den debiteur*?

Art. 1581 B. W.

Indien eene zekere en bepaalde zaak, welke men beloofd had in ruiling te geven, buiten schuld van den eigenaar is verloren gegaan, wordt de overeenkomst voor vervallen gehouden, en kan degene die van zijne zijde aan de overeenkomst voldaan heeft de teruggave van het in ruiling gegeven goed vorderen.

Vgl. art. 1642 B. W. (a. 1789 C. N.).

Ook hier komt het woord *schuld* in denzelfden zin voor als elders *toedoen*, enz.; wij verwijzen dus wederom naar het boven (pag. 174) gezegde.

Art. 1596, 1, 1600, 1601 B. W. (a. 1728, 1, 1732, 1733 C. N.)

De huurder is tot twee hoofdverpligtingen gehouden:

1. Om het gehuurde als een goed huisvader te gebruiken. . . . . .

De huurder is aansprakelijk voor alle schaden, gedurende den huurtijd aan het verhuurde toegebragt, ten ware hij bewees dat dezelve buiten zijne schuld hebben plaats gehad.

Hij is echter niet verantwoordelijk voor brand, ten zij de verhuurder mogt bewijzen dat de brand door de schuld van den huurder is veroorzaakt.

Deze artikelen, waarin de aansprakelijkheid voor culpa van uit het bijzondere standpunt van den huurder nader ontwikkeld wordt, kunnen bovendien strekken, om onze verklaring van a. 1203, 1300 enz. nader aan te bevelen. De huurder is aansprakelijk voor alle schade, door zijne *schuld* ontstaan (a. 1600), maar waarin bestaat die schuld? Is die gelijk aan de enkele toerekenbaarheid, aan de meest uitgebreide culpa levissima? Verre van daar, zijne schuld bestaat alleen daarin, dat hij niet als een goed huisvader gehandeld heeft (a. 1596, 1); buiten dat geval is hij *niet schuldig*, en de schade wordt als een casus door den verhuurder gedragen. De omstandigheid, dat beide uitdrukkingen zoo digt op elkander en

bij hetzelfde onderwerp gebruikt worden, levert dus een nieuw bewijs op, om den waren zin van het woord *schuld* in andere artikelen van onze leer te bepalen. [1]

De beide laatst aangehaalde artikelen dienen bepaaldelijk om den bewijslast ten opzigte van onze vraag te regelen. De gewone voorschriften van het bewijs zijn, in overeenstemming met den regel „ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat", [2] dat de beschadigde partij aantoonen moet, schade geleden te hebben ten gevolge van eene daad of een verzuim van den ander, en dat dan deze zich verontschuldigen kan door aan te toonen, dat hij in alles zoo gehandeld heeft als een goed huisvader pleegt te doen. [3] Deze algemeene regel wordt hier op den huurder toegepast, alleen met die vereenvoudiging voor den eigenaar, dat de wet praesumtione juris aanneemt, dat alle beschadigingen, welke het gehuurde gedurende den huurtijd overkomen, gevolgen zijn van eenig verzuim van den huurder: hij, die het goed onder zich had, had de magt, het tegen alle verliezen te beschermen, ook al is de schade niet dadelijk het gevolg eener daad van hem zelf of van die personen, waarvoor hij verantwoordelijk is (art. 1602). Daarenboven zal het den eigenaar veelal onmogelijk zijn aan te toonen, uit welke oorzaken de nadeelen, welke zijn huis of landgoed bij het eindigen der huur blijkt geleden te hebben, ontsproten zijn; en het is dus niet zonder grond, wanneer men het vermoeden voorop stelt, dat zij

---

[1] Het is dan ook, zooals Troplong zegt, alleen uit eene al te slaafsche getrouwheid aan de beginselen van Toullier te verklaren, wanneer Duvergier (Du Contr. de Louage, n. 410), met het oog op a. 1596, den huurder voor culpa levissima aansprakelijk stelt. Vgl. Troplong, Du C. de Louage, n. 294—298, 345, 664, 981; Zachariae, IV, § 702, 1, 4; Marcadé, VI, p. 461; de Pinto, II, bl. 536; Diephuis, VII, n. 547.

[2] L. 2 D. de Prob. (22.3); vgl. art. 1902 B. W.

[3] Vgl. v. Löhr in zijn Uebersicht d. L. v. d. Culpa, in zijn en Grolman's Magasin, Bd. IV, S. 472 fgg.

door den huurder voorkomen hadden kunnen worden. De verhuurder behoeft dus zijn bewijs van eene daad of verzuim des huurders niet meer te leveren: doch dezen staat het dan nog altijd vrij aan te toonen, dat hij als een goed huisvader gehandeld heeft, en dus ten onregte voor de schade wordt verantwoordelijk gesteld, m. a. w. dat er bij hem geene schuld bestaat. [1]

Alleen bij brand volgt men eene andere wijze van bewijsvoering. Hier pleit namelijk de presumtie voor den huurder, en niet voor den verhuurder: in plaats dat de eerste zijne onschuld zou moeten bewijzen, moet de laatste aantoonen, dat de brand door de schuld van den huurder ontstaan is. Het oogmerk, waarmede men deze bepaling in strijd met den Code Napoléon [2] opnam, was hoofdzakelijk om zich naauwer aan de regels van het bewijs aan te sluiten, daar hij, die schade en schuld beweert, ook schade en schuld bewijzen moet: [3] en, hoewel dit op zich zelf geen afdoende reden oplevert, daar men dien regel dan ook in art. 1600 had moeten eer-

---

[1] Troplong, l. c. n. **342—344**; Marcadé, VI, p. **463**; Diephuis, VII, n. **566** vg. Deze presumtie is ontleend aan het oud-Fransche regt; Pothier, Louage, n. **199**.

[2] Volgens art. **1733** C. N. diende de huurder, om vrij te zijn, te bewijzen, dat de brand het gevolg is geweest of van eene vis major, of van het branden van een naburig huis. Men heeft daar dus, in tegenstelling van ons regt, niet alleen de gestrengheid, dat de huurder bewijzen moet, maar zelfs is zijn bewijs beperkt tot enkele opgegeven gevallen; vgl. Zachariae, IV, § **702, 7—14**, en Marcadé, VI, p. **464** vgg.; tegen Duvergier, I, n. **437**, en Troplong, n. **363—394**.

[3] Vgl. Asser, § **768**, en de Pinto, II, bl. **537**. Diephuis, VII, n. **571**, voert als verdediging aan, dat het bewijs zijner onschuld dikwijls voor den huurder onmogelijk zal zijn, omdat de brand zelf alle bewijzen van zijne oorzaak kan weggenomen hebben. Als grond voor het Fransche stelsel wordt aangevoerd de wenschelijkheid, om de huurders voorzigtig te doen zijn; Marcadé, l. c. Overigens is het Nederlandsche stelsel ontleend aan ons oude regt; Voet, ad D. IX. **2**, n. **20** sqq., tegen de Groot, Inleyd. III, **19**, n. **11**.

biedigen, is deze afwijking echter bij brand niet geheel zonder grond. In dit geval toch, evenals in alle, die in den regel voorkomen, zonder door de nalatigheid des schuldenaars veroorzaakt te zijn, is het niet meer dan billijk, dat het gewone vermoeden wegvalt, en het den eigenaar wordt opgedragen te bewijzen, dat hier bij uitzondering de ramp werkelijk het gevolg is van eenige daad of verzuim van den huurder.

Men houde echter altijd in het oog, dat het dan des huurders pligt zal zijn aan te toonen, dat hij in alles als een goed huisvader gehandeld heeft. Wanneer hij b. v. met eene brandende pijp door een gehuurd gebouw gaat, en door eene vonk brand verwekt, kan men met regt van den verhuurder vorderen, dat hij zal bewijzen, dat de brand het gevolg is geweest van die handeling van zijnen huurder. Tegenover die bewering dient dan de huurder zijne tegenbewering te stellen, dat hij als een goed huisvader gehandeld heeft, dat daar ter plaatse geene brandbare stoffen lagen, die eene bijzondere zorgvuldigheid vorderden, dat hij dezelfde voorzorgen genomen heeft, welke een goed huisvader gewoonlijk neemt: zoodat de brand mitsdien niet het gevolg is van zijne *schuld* in engeren zin. Wilde men dit laatste bewijs ook van den verhuurder vorderen (waartoe men in de woorden van art. 1601 eenige aanleiding zou kunnen vinden), dan zou men de ware regels van het bewijs weder omverwerpen, en van den eigenaar inderdaad een voor hem onmogelijk, negatief bewijs verlangen.

Art. 1667 B. W. (a. 1850 C. N.)

Ieder vennoot is jegens de maatschap gehouden tot vergoeding der schaden, welke hij aan dezelve door zijne schuld heeft veroorzaakt.

Na het boven bij a. 1203 en 1300 gezegde, zullen de woorden *door zijne schuld* wel geene opheldering meer behoeven; want evenals daar, zoo zal ook hier de vraag, of er schuld aanwezig is, afhangen van het al of niet

betoonen van de zorgvuldigheid van een goed huisvader. [1] Alleenlijk moet hier nog opgemerkt worden, dat, evenals wij boven bij den voogd zagen, zoo ook door dit artikel voor den vennoot de beperking wegvalt, welke het Romeinsche regt ten opzigte van zijne aansprakelijkheid toeliet. Evenzeer als de verkooper, huurder, e. a. moet de vennoot volgens dit artikel de volle diligentia diligentis pf. betoonen, om het even of hij zich in zijn eigen zaken al dan niet aan dezelfde verzuimen schuldig maakt.

Het is waar, dat (zooals wij in de vorige paragraaf zagen) DURANTON [2] zich op de onzekere uitdrukking van dit artikel beroept, om hier, evenals elders, het behoud van het Romeinsche regt te beweren; en inderdaad moet men erkennen, dat deze uitdrukking op zich zelve nog niets voor de eene of andere praestatie bewijst; doch wij meenen daar ook aangetoond te hebben, dat het niet het Romeinsche regt is, waardoor die onzekerheid moet worden opgehelderd, maar alleen art. 1271, de algemeene regel voor de geheele leer der culpa. De oude theorie is door den Code volkomen verworpen, en de grootste verwarring zou het gevolg zijn, wanneer men thans de uitdrukkingen van het nieuwe systeem verklaren wilde uit de regels van het oude. De Code heeft een nieuw, zelfstandig stelsel willen vormen; en uitdrukkingen als de hier voorkomende, laten zich alleen uit dat stelsel verklaren. Vraagt men dus, wat de wetgever bedoeld heeft,

---

[1] De meening van hen, die den vennoot voor culpa levissima aansprakelijk stellen (DUVERGIER, Société, n. 326), behoeft dan ook na het meermalen gezegde geen nieuwe wederlegging. Evenmin bestaat eenige grond voor de uitzondering van DELAMARRE en LEPOITEVIN (Tr. du C. de Comm., n. 220) die dezen graad ten minste in handelszaken willen doen herleven: het eenige, wat men hun zou kunnen toegeven, is dat de regter aldaar met de meeste gestrengheid zal oordeelen.

[2] Z. zijn Cours de dr. Fr., XVII, n. 403. Hetzelfde stelsel wordt aangenomen door DE PINTO, II, bl. 555; DIEPHUIS, VII, n. 344 vg.

toen hij den vennoot aansprakelijk stelde voor alle schade, door zijne schuld ontstaan, dan kan men met het oog op a. 1271 niet anders antwoorden, dan dat ook de vennoot schuldig (in culpa) is, als hij de zorg van een goed huisvader verwaarloosd heeft. [1]

Eene andere vraag is, of het wegwerpen der beperking van het Romeinsche regt wenschelijk was; en dan meenen wij, dat dit hier minder geregtvaardigd wordt dan bij de voogdij. De maatschap heeft niet, zooals deze, eene wijziging van karakter ondergaan, en nog blijven dezelfde redenen, waarmede wij (§ 15) het Romeinsche regt te dezen aanzien verdedigd hebben, van volle kracht. De zamensmelting van beider belangen zal ook nu nog die maatregelen, welke men in zijn eigen zaken voldoende acht, ook in de zaken der vennootschap als onstrafbaar moeten doen voorkomen: en vooral nu men van de zoogenaamde culpa in concreto toch eenmaal melding had gemaakt (bij de bewaargeving), was het welligt niet onbillijk geweest, ook dit contract tot haar gebied te brengen. Men heeft het echter niet gedaan, en de tekst der beide artikelen 1271 en 1667, spreekt te duidelijk, om onder onze wetgeving den vennoot niet aansprakelijk te stellen voor elke culpa levis.

Art. 1673 B. W. (a. 1856 C. N.)

De vennoot die bij een bijzonder beding van de overeenkomst van maatschap met het beheer belast is, kan, zelfs in weerwil der overige vennooten, alle daden verrigten, welke tot zijn beheer betrekkelijk zijn, mits hierin te goeder trouw te werk gaande.

Naast het zoo even besproken algemeene voorschrift van art. 1667, hetwelk de vennooten ook voor culpa aansprakelijk stelt, wordt hier van het geval gehandeld, dat één van hen uitdrukkelijk met het beheer belast is, en daarvan gezegd, dat hij alle daden verrigten kan daartoe

[1] Vgl. Troplong, Du Contr. de Soc., n. 566—578.

betrekkelijk, mits daarbij ter goeder trouw te werk gaande. Wat is hiermede bedoeld? Moet men deze woorden tot den enkelen dolus beperken, of daarmede ook de gevallen van culpa lata, of zelfs culpa levis gelijk stellen? Tot het laatste [1] ten minste heeft men naar de woorden van ons artikel hoegenaamd geen regt; want ofschoon wij de aansprakelijkheid voor culpa als op de goede trouw berustende hebben voorgesteld, [2] zoo zou het eene volslagene verwarring van denkbeelden zijn, indien men daaruit wilde afleiden, dat ieder, die ter goeder trouw moet handelen, daarom reeds diligentia te praesteren heeft. De goede trouw in hare meest algemeene opvatting, zooals zij in alle bonae fidei judicia zonder onderscheid voorkomt, bepaalt zich tot het bestraffen van den dolus, gelijk beide woorden in l. 68 pr. D. de C. E. (18.1) [3] ter verklaring van elkander gebruikt worden: en wanneer dus hier van den vennoot gevorderd wordt, dat hij ter goeder trouw handelen zal, dan beteekent de verboden kwade trouw hetzelfde als arglist: de wil of wetenschap, dat men zijnen medevennoot schade toe zal brengen. Evenmin kan men zich voor de andere meening op art. 1667 beroepen, omdat zij die regt hebben voor de culpa schadevergoeding te erlangen, toch ook wel het regt zullen hebben de culpa, vóór zij bedreven wordt, te verhinderen: dit regt hebben zij juist verloren, door bij afzonderlijk beding één hunner met het beheer te belasten, welke opdragt geheel denkbeeldig zou worden, wanneer ieder het regt had tusschen beide te komen, zoodra hij meende, dat de beheerder niet zoo handelde, als een goed huisvader zou gehandeld hebben.

Eene andere vraag is, of ook de culpa lata, quae pro dolo est, hier onder den dolus begrepen moet worden. [4]

[1] Dit wil o. a. Troplong, de la Soc., n. 675.

[2] Vgl. boven § 10.

[3] Vgl. boven pag. 43.

[4] Dit schijnt door Troplong t. a. p. boven allen twijfel gesteld te

Ofschoon de wenschelijkheid eener zoodanige gelijkstelling welligt niet zonder grond beweerd zou kunnen worden, meenen wij echter met het oog op het systeem onzer wet ook deze vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Onze wet kent alleen *arglist* (dolus) en *schuld* (culpa), zonder dat ergens van eene culpa lata melding wordt gemaakt, veel min hare gelijkstelling met den dolus wordt uitgesproken: en de wetsuitlegger, die niet meer de ruime bevoegdheid der Romeinsche regtsgeleerden bezit, heeft dus geen regt, om interpretatione juris eene grove schuld met den arglist te vergelijken. [1]

Art. 1743 vg. B. W. (a. 1927 vg. C. N.)

De bewaarnemer moet omtrent de bewaring der aan hem toevertrouwde zaak dezelfde zorg aanwenden, welke hij omtrent de bewaring zijner eigene zaken aanwendt.

De bepaling van het voorgaande artikel moet met meerdere strengheid worden toegepast:

1°. Indien de bewaarnemer zich zelven tot de bewaring heeft aangeboden;

2°. Indien hij eenig loon voor de bewaring bedongen heeft;

3°. Indien de bewaargeving eeniglijk in het belang van den bewaarnemer geschied is;

4°. Indien uitdrukkelijk bedongen is dat de bewaarnemer voor alle soort van verzuim zoude aansprakelijk zijn.

In deze artikelen heeft men, zooals wij reeds meermalen gezien hebben, het eenig overgebleven voorbeeld der *culpa in concreto*, en dat wel juist in een geval, waar onder het Romeinsche regt alleen aansprakelijkheid voor dolus en culpa lata plaats vond. Het is niet te ontkennen, dat deze afwijking geheel buiten de bedoeling van

---

worden. Ook Toullier, VI, n. 224 en Duranton, X, n. 409 herhalen de gelijkstelling als van zelf sprekende.

[1] Vgl. Diephuis, VII, n. 875.

de zamenstellers onzer hedendaagsche wetgeving lag, [1] en dat zij, die op de meeste punten zich een geheel nieuw stelsel van culpa trachten te vormen, zich hier door den invloed van het Romeinsche regt, en wel van de boven [2] besproken l. 32 D. Dep. (16.3) lieten leiden. Evenals velen, meenden zij in die wet de aansprakelijkheid voor culpa in concreto te lezen, en van daar namen zij ze in hunne wetgeving over, zonder te bedenken, dat, zelfs al vat men genoemde wet in die beteekenis op, men toch niet den depositaris voor culpa in concreto aansprakelijk kan stellen, in denzelfden zin als b. v. de voogd of vennoot zulks waren.

Dan, wij hebben boven de verschillende pogingen, waardoor men die zwarigheid heeft trachten op te lossen, voldoende besproken, en het is ons daar eveneens gebleken, hoe men alleen door aan de veelbesproken l. 32 cit. een anderen zin te geven, zich uit den maalstroom van moeijelijkheden redden kan, waartoe de verhouding tusschen culpa lata en culpa in concreto noodwendig aanleiding geeft. Het is hier onze pligt, den zin van a. 1743 na te gaan, om het even of die op eene juiste of onjuiste opvatting van het Romeinsche regt gegrond is. Het is dus onmiskenbaar, dat onze wetgever den depositaris strenger behandelt, dan de Romeinsche regtsbronnen deden, en dat zijne aansprakelijkheid bij ons door dezelfde regelen wordt bestuurd, welke in het Romeinsche regt op den voogd enz. van toepassing waren. [3]

Vergelijkt men thans beide bepalingen, dan geloof ik,

---

[1] Toen Defermon in den Staatsraad de aansprakelijkheid van den depositaris voor alle culpa levis verlangde, beantwoordde Portalis hem, door op de oude jurisprudentie te wijzen: Fenet, XIV, p. 434; Troplong, du Dépôt, n. 67.

[2] Pag. 61.

[3] Vgl. Duranton, XVIII, n. 37 vg.; Troplong, du Dépôt, n. 63—75; de Pinto, II, bl. 575; Diephuis, VIII, n. 244 vg.

dat men zonder twijfel aan die van het nieuwe regt de voorkeur geven zal boven het Romeinsche. Het is waar, dat de bewaarnemer zijne diensten om niet bewijst (a. 1733); maar wanneer men zich niet al te slaafsch aan den regel van het belang houdt, of liever, wanneer men erkent, dat niet die regel alleen op het gebied der goede trouw over de aansprakelijkheid des schuldenaars beslissen moet, maar dat andere bedenkingen evenzeer in aanmerking kunnen komen, zal men niet aarzelen, ook hier, evenzeer als bij den mandataris, eene uitzondering op dien regel toe te laten. Een mandaat wordt niet ten uitvoer gelegd, wanneer het niet *goed* uitgevoerd wordt, zeide Donellus, [1] en de mandans zou nimmer den mandataris in zijne plaats hebben gesteld, wanneer hij niet meende, dat deze hem waardiglijk vervangen zoude. Deze zelfde redenering kan ook op de bewaargeving worden toegepast. De bewaargever zou zijne zaak niet uit zijne handen hebben gegeven, wanneer hij niet verondersteld had, dat de depositaris er voor zorgen zoude, anders had hij die dienst niet behoeven te vragen; en deze, op zich nemende het goed van den ander te bewaren, kan wel niet anders bedoeld hebben, dan zich als een getrouw vriend van die verpligting te kwijten; was hem dat te veel, dan had hij de geheele dienstbetooning kunnen weigeren. Alleen dit kan men den depositaris, daar hij geene belooning geniet, teregt veroorloven, dat hij de ter bewaring ontvangen zaak tusschen zijne eigene plaatst, dezelfde maatregelen voor alle neemt, en het goed zijns vriends behandelt, alsof het zijn eigen was.

Dat deze bedenkingen niet bij de Romeinen in aanmerking genomen werden, laat zich voldoende daaruit verklaren, dat zij aan den regel van het belang meer gewigt hechtten, dan men tegenwoordig doet, en dan ook

[1] Vgl. zijne Comm. XVI, 7, n. 24; boven pag. 133.

eigenlijk gedaan moet worden [1]. Alleen als men dien niet als hoofdregel, maar slechts als een der regels, welke in aanmerking kunnen komen, beschouwt, komt men de ware bona fides nog meer nabij dan de Romeinen deden; en, ofschoon wij dus aannemen, dat art. 1743 niet met het Romeinsche regt overeenkomstig is, aarzelen wij echter niet, met het oog op den veronderstelden wil der partijen, het nieuwe regt boven het oude de voorkeur te geven.

Art. 1744 bevat eenige gevallen, waarin de beperkte aansprakelijkheid van het vorige artikel strenger wordt opgevat, op verschillende, gemakkelijk te erkennen gronden. Indien de bewaarnemer zich zelven aanbiedt, kan men met regt meer van hem verwachten, daar hij hierdoor te kennen geeft, zich zelven als meer geschikt dan anderen te beschouwen, en de eigenaar zonder die aanbieding de zaak misschien aan een ijveriger mensch zou hebben toevertrouwd. Is de bewaring in het belang van den depositaris geschied, of heeft hij loon ontvangen, dan vervalt de grond voor eene zachtere beschouwing, de belangelooze dienstbetooning: terwijl het eindelijk van zelf spreekt, dat, evenals altijd, zoo ook hier partijen het in hunne magt hebben, de aansprakelijkheid naar goedvinden te regelen [2]. Eene belangrijke vraag is echter: waarin bestaat die strengere toepassing van art. 1743?

Diephuis [3] wil, dat men zich ook hier aan den regel van dat artikel houden zal, en het gegeven voorschrift in de hier bedoelde gevallen strenger zal toepassen. Doch hoe is dat mogelijk? Het gedrag van een goed

[1] Dit blijkt o. a. daaruit, dat sommigen zelfs aarzelden, om bij het mandaat eene uitzondering op den eens gestelden regel toe te laten; vgl. boven pag. 133.

[2] Duranton, XVIII, n. 39; Troplong, l. c. n. 78—84, 86; Diephuis, VIII, n. 248—251; de Pinto, II, bl. 576.

[3] Diephuis, VIII, n. 247.

huisvader is een onzeker begrip, dat onderscheiden kan opgevat worden, en dus binnen zijne grenzen eene meer of min strenge opvatting gemakkelijk toelaat; maar het gedrag van een bepaald aangewezen persoon is iets zekers, waarbij zich geen meer of minder denken laat. Wil men hier eene strengere opvatting dan elders aannemen, dan vordert men of thans meer dan de schuldenaar in eigen zaken gewoon is te betoonen, of men vorderde vroeger minder: eene andere verklaring is ondenkbaar. Maar zal men daarom met OPZOOMER [1] de geheele diligentia q. s. verwerpen, en ook in het geval van art. 1743 de minder bepaalde zorg van een goed huisvader verlangen? Ook hiertoe heeft men, meen ik, geen regt. Genoemd artikel toch vordert niet, dat de bewaarnemer voor de zaak dezelfde zorg zal dragen, welke *men* gewoonlijk aan zijn eigen zaken besteedt, maar welke *hij* gewoon is in zijn eigen zaken aan te wenden: en dat *hij* kan onmogelijk op iemand anders slaan, dan op den even te voren genoemden bewaarnemer zelven. De bewoordingen van art. 1743 laten dus niet toe, aan iets anders dan de diligentia q. s. te denken: de zwarigheid van art. 1744 kan echter worden weggenomen op de volgende wijze.

De algemeene regel der aansprakelijkheid is deze, dat ieder schuldenaar gehouden is, zich te gedragen als een goed huisvader: daartegenover geeft de diligentia q. s. hem de exceptie, dat hij bevrijd is, wanneer hij kan aantoonen, dat dezelfde nalatigheid hem ook in eigen zaken gewoon is. Zoodra nu omstandigheden ontstaan, waarin die schuldenaar strenger moet beoordeeld worden, wat is dan eenvoudiger, dan dat men hem dat voorregt ont-

[1] Burg. Wetb., III, bl. 187—189. Dat FAVARD den bewaarnemer verpligt tot de zorgen van een bon père de famille, pleit niet noodwendig tegen onze uitlegging; daar zulk eene uitdrukking van een der rapporteurs geen gezag heeft tegenover de duidelijke woorden der wet.

neemt, en alzoo den gewonen regel zijne kracht laat hernemen? Men vermijdt alsdan beide moeijelijkheden, zonder zich eenigzins van de woorden der wet te verwijderen; daar inderdaad de diligentia q. s. slechts eene beperking van den algemeenen regel is, en men door die beperking te doen wegvallen, de gewone aansprakelijkheid van den depositaris strenger toepast.

De beste wijze om art. 1744 te verklaren is dan deze, dat in de hier opgetelde gevallen [1] de depositaris, evenals alle andere schuldenaars, voor elke culpa levis instaat [2].

Art. 1781 vg. B. W. (a. 1880 vg. C. N.)

Die iets ter leen ontvangt is gehouden, als een goed huisvader, voor de bewaring en het behoud van het geleende goed te zorgen.

Hij mag daarvan geen ander gebruik maken dan hetwelk de aard der zaak medebrengt, of bij de overeenkomst bepaald is; alles op straffe van vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn.

Indien hij het geleende goed gebruikt tot een ander einde, of gedurende eenen langeren tijd, dan hij zulks behoorde te doen, is hij daarenboven aansprakelijk voor het verlies van dat goed, al had dit verlies ook door een bloot toeval plaats.

Indien de geleende zaak verloren gaat door een toeval, hetwelk degene die dezelve ter leen ontvangen heeft, door zijne eigene zaak te gebruiken, had kunnen voorkomen, of indien hij, slechts een van beide kunnende behouden, aan de zijne eenen voorrang heeft gegeven, is hij voor het verlies der andere zaak aansprakelijk.

Even als bij de bewaargeving heeft men zich ook hier

---

[1] Men kan namelijk deze gevallen niet uitbreiden; Diephuis, VIII, n. 247 fine.

[2] Dit is ook de meening van Troplong, du Dépôt, n. 85.

naauw aan de uitspraken van het Romeinsche regt willen aansluiten, en de aansprakelijkheid van den leener wordt dus ook bij ons door dezelfde regels beheerscht, welke wij in het vorige hoofdstuk daaromtrent ontwikkeld hebben. Over het algemeen is hij tot de zorg van een goed huisvader gehouden, en treffen zoodanige ongevallen, als door toeval te weeg gebragt worden, hem niet [1]; ofschoon te zijnen aanzien de meest strenge opvatting van die aansprakelijkheid verkozen wordt (vgl. boven § 13). Van die strenge opvatting bevat l. 5 D. Comm. (13.6) eenige voorbeelden, welke van daar in onze wetgeving opgenomen zijn, ofschoon de wijze van voorstelling, die onze wetgever gevolgd is, weinig dient, om de zaak juist uit te drukken. Volgens hem nl. is de leener ook voor casus aansprakelijk, indien hij het goed anders of langer gebruikt, dan waarvoor het hem gegeven is, indien hij het ongeval had kunnen voorkomen, door zijne eigene zaak te gebruiken, indien hij, een van beide kunnende redden, aan de zijne de voorkeur gegeven heeft. Hoe moet men die gevallen opvatten? Heeft men hier werkelijk eene exceptionele aansprakelijkheid voor zuiver toeval, of moet men daaraan een anderen zin geven?

Reeds meermalen [2] hebben wij gezien, hoe vele gevallen, die, op zich zelve beschouwd, geheel tot het gebied van den casus schijnen te behooren, onder het begrip van culpa vallen, zoodra zij van dien aard zijn, dat een goed huisvader ze voorziet en er maatregelen tegen neemt. Wanneer zij dus, al is het slechts gedeeltelijk, toe te schrijven zijn aan eene zoodanige nalatigheid, als met de verpligting des schuldenaars in strijd

[1] L. 1 § 4 D. de O. et A. (44.7); l. 5 § 4 D. Comm. (13.6): Quod senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat.

[2] Vgl. boven § 14.

is, vervalt het toevallige karakter, en worden zij tot het gebied der culpa getrokken. Eene overstrooming is een toeval, casus; maar wanneer men zich zelf aan die ramp blootstelt, door de maatregelen te verzuimen, welke elk verstandig mensch neemt, dan is het ongeval, zoodra het ons treft, niet meer geheel toevallig, maar ook voor een groot deel een gevolg onzer eigene schuld. Eene brand is toevallig; maar wanneer men verzuimt zijne goederen uit het brandende huis te redden, zoolang men zulks kon doen, is het verlies daarvan aan onze eigene nalatigheid te wijten. Al die rampen, die op zich zelf casus waren, worden dus gevolgen van onze verzuimen, en daardoor onder het gebied der culpa betrokken.

Hetzelfde is het geval met de hier gegeven voorbeelden. De leener redt zijne eigene zaak uit het brandende huis; hieruit blijkt, dat hij zonder gevaar ook de ter leen ontvangene had kunnen redden, het verbranden dezer laatste is dus wel in abstracto beschouwd een toeval, maar in het hier gestelde geval bovendien aan de nalatigheid des leeners te wijten, die ze had kunnen redden en niet gered heeft. [1] Wanneer hij de zaak gebruikt tot een ander einde, of gedurende een langeren tijd dan hem toegestaan was, en dientengevolge wordt de zaak door een toeval getroffen, dat ze anders niet zou getroffen hebben, [2] dan mag dit op zich zelf een

[1] Het is daarom onverschillig, of de geredde zaak meer of minder waarde had: de mogelijkheid om de geleende te redden, blijkt in allen gevalle. Hierin ligt ook niets hards voor den leener, daar hij zijne kostbare zaak gered heeft, heeft hij nog altijd voordeel, al betaalt hij de waarde van de minder kostbare geleende: Troplong, du Prêt, n. 117; Diephuis, VIII, n. 372; Opzoomer, Burg. Wetb. III, bl. 211—214. Anders Duranton, XVII, n. 527.

[2] Alleen toch door deze beperking op te nemen, gelooven wij, dat zich de bepaling van art. 1781 al. 3 voldoende laat verklaren. Doet men dat niet, dan stelt men den commodataris voor een zuiver toeval, zonder eenige nalatigheid van zijne zijde, aansprakelijk, in strijd met den regel van l. 23 D. de R. J., dat zulke casus door niet één schul-

toeval zijn geweest, gedeeltelijk is ook zijne overtreding oorzaak van het ongeval, en teregt wordt de schade hem dus toegeschreven.

Het is dus minder juist, wanneer onze artikelen de zaak zoo voorstellen, alsof de leener in die gevallen bij uitzondering ook voor casus aansprakelijk zou zijn: omdat aan den eenen kant ook bij andere schuldenaren duizenderlei gevallen denkbaar zijn, waarin schade, oorspronkelijk toevallig zijnde, toch als een gevolg der nalatigheid aangemerkt wordt, en het aan den anderen kant onaannemelijk is, dat hier gevallen bedoeld worden van *zuiveren casus*, waarbij de leener zich niets zou te wijten hebben. Het eenige, wat men moet aannemen

---

denaar vergoed worden: en dient men ter verklaring van die uitzondering aan te nemen, dat zij eene straf is, door den wetgever op de overtreding van den leener gesteld. Tusschen die straf en de overtreding bestaat echter hoegenaamd geen verband, want zelfs al wil men hier aan een furtum usus denken, dan twijfelen wij nog, of de actio commodati wel eene geschikte *straf* voor den diefstal is; terwijl volstrekt geen grond bestaat, om den eigenaar der zaak eenig voordeel toe te staan uit eene overtreding, welke de ander begaat. Geheel anders is dan ook de bedoeling van Ulpianus in l. 5 § 7 D. Comm., die in deze gevallen voorbeelden gaf van casus, waarbij culpa aliqua intervenit; de door hem opgenoemde ongevallen zijn ook alle zoodanig, dat zij niet zouden hebben plaats gehad, indien de leener de zaak anders gebruikt had. Men kan daartegen niet aanvoeren, dat alsdan de geheele bepaling overbodig wordt, daar men hier de gevallen, waarin culpa *aliqua* intervenit, veel strenger zal toepassen, dan bij andere schuldenaars, die alleen dan voor casus instaan, wanneer zij door een goed huisvader hadden kunnen belet worden. Hier wordt de leener gerekend, door zijn overtreden tot den casus gelegenheid gegeven te hebben, tenzij die casus overal zou hebben plaats gehad (b. v. als een dier door ziekte sterft, enz.). Op de tegenstelling van a. 1745 kan men zich evenmin beroepen, daar de regel »qui de uno dicit, de altero negat" hoogst gevaarlijk is, en bij twee artikelen, in onderscheiden titels van elkander verwijderd geplaatst, niet toegepast kan worden; vgl. Duranton, XVII, n. 520; Troplong, du Prêt, n. 101. Anders de Pinto, II, bl. 582; Opzoomer, III, bl. 206—210; Diephuis, VIII, n. 367.

(en het ware welligt beter geweest, indien de wetgever zich vergenoegd had, met alleen dit resultaat op te nemen), is dit, dat men bij den leener ligter tot het bestaan eener zoodanige culpa besluiten moet dan bij andere contractanten, en dat menig voorval, wat voor een huurder b. v. als casus zou gelden, bij den leener als een gevolg zijner schuld aangemerkt wordt. Gaat men dus met een geleend paard verder dan men mogt, en het wordt door den bliksem getroffen, of door een overstrooming weggespoeld, of gestolen, dan is men voor al die ongevallen aansprakelijk, daar zij niet zouden hebben plaats gehad, als het dier op eene andere plaats geweest was: sterft het evenwel onder weg zonder eenige schuld des leeners, dan is er hoegenaamd geen reden, om den leener ook die schade te doen vergoeden, daar zij overal en in allen gevalle zou hebben plaats gehad, en de uitleener onbehoorlijk handelt, als hij den leener daarover aanspreekt.

In al die gevallen, waarin de schade dus slechts aan *eenige* nalatigheid (culpa *aliqua*) van de zijde des leeners is toe te schrijven, is hij tot vergoeding gehouden, omdat het algemeene begrip der aansprakelijkheid bij hem op de strengste wijze toegepast wordt. [1]

Art. 1790 B. W. (a. 1891 C. N.)

Indien de ter leen gegevene zaak zoodanige gebreken heeft, dat daardoor aan dengene die zich van dezelve bedient nadeel zou kunnen worden toegebragt, is de uitleener, zoo hij die gebreken gekend, en daarvan aan den gebruiker geene kennis gegeven heeft, voor de gevolgen verantwoordelijk.

Evenals zulks in het Romeinsche regt het geval was, [2]

---

[1] Vgl. verder over de aansprakelijkheid van den leener DURANTON, XVII, n. 507 vgg.; TROPLONG, du Prêt, n. 48—118; DE PINTO, II, bl. 531 vg.; DIEPHUIS, VIII, n. 363—373.

[2] L. 18 § 3 D. Comm. (13.6).

is de uitleener alleen voor dolus aansprakelijk. Alleen als hij geweten heeft, dat de door hem ter leen gegeven zaak zoodanige gebreken had, dat zij den leener schade in plaats van voordeel zoude aanbrengen; als hij die schade mitsdien moet gerekend worden gewild te hebben, is hij aansprakelijk, daar zulk eene handeling met de goede trouw in lijnregten tegenspraak te achten is. Voor culpa kan men hem niet aansprakelijk stellen, daar hij geen belang bij de overeenkomst heeft, en de door hem betoonde weldaad hem niet nog bovendien tot diligentia kan verpligten. [1]

Art. 1838 B. W. (a. 1992 C. N.)

De lasthebber is niet alleen aansprakelijk wegens kwaad opzet, maar ook wegens verzuimen welke hij bij het volvoeren van zijn last mogt hebben gepleegd.

Niettemin wordt de verantwoordelijkheid wegens verzuimen minder streng toegepast ten aanzien van dengene die eenen last om niet op zich neemt, dan van hem die daarvoor eenige belooning ontvangt.

Dit artikel, dat de aansprakelijkheid van den mandataris regelt, behoeft na het meermalen gezegde geene opheldering meer. Alleen merke men op, dat dit artikel het eenige is, waarin naast de culpa ook van den dolus wordt gewag gemaakt: de overige nemen de aansprakelijkheid hiervoor als van zelf sprekend aan, en vermelden alleen hoever de aansprakelijkheid voor culpa zich zal uitstrekken. Daarenboven levert de tweede alinea van dit artikel een nieuw bewijs op van hetgeen de wetgever in art. 1271 al. 2 heeft willen te kennen geven. Evenmin als in art. 1392 is hier sprake van een nieuwen graad; de eenige beperking van aansprakelijkheid, waarvan onze wet weet, is deze, dat de regter den gewonen regel

---

[1] Vgl. Duranton, XVII, n. 549; Troplong, du Prêt, n. 163—168; de Pinto, II, bl. 583; Diephuis, VIII, n. 396 vg.

minder streng zal toepassen; altijd en in alle gevallen is de culpa van denzelfden graad [1].

De meer naauwkeurige beschouwing der afzonderlijke artikelen kan ons dus slechts bevestigen in hetgeen wij in de vorige paragraaf als stelsel van onzen wetgever hebben ontwikkeld; een stelsel, dat in eenvoud en beknoptheid boven alle vroegere stelsels, ook datgene, wat wij als het ware Romeinsche beschouwen, verre uitmunt. Slechts enkele regels zijn noodig, om zich het schema van de leer der culpa voor oogen te stellen; de toepassing en verdere ontwikkeling dier regels is teregt grootendeels aan het arbitrium van den regter overgelaten. Het is een ijdel werk, wanneer de wetgever zich, zooals de Pruisische, een tal van graden schept, en ieder voorkomend geval onder een bepaalden graad tracht te brengen: het maatschappelijk verkeer kan zich niet in die boeijen laten slaan, en telkens zal de regter een geval ontmoeten, waarop de wetgever niet gedacht had. Er is dus slechts één weg, waarop in deze leer regt en billijkheid hand in hand kunnen gaan, en dat is die welken zoowel het Romeinsche, als het Fransch-Nederlandsche regt ingeslagen is, door namelijk alleen een beginsel te stellen, streng genoeg om de regterlijke willekeur te beletten, ruim genoeg om de meest verschillende omstandigheden op de uitspraak invloed te doen uitoefenen.

Welverdiend is dus de lof, welken Troplong aan het nieuwe stelsel toebrengt:

Tel est le système simple, vrai, facile à appliquer, qui domine dans le code civil. Il ne lui manque que d'être formulé d'une manière plus précise; mais quand on s'est donné la peine de le dégager des nuages qui l'obscurcissent, on le trouve aussi satisfaisant pour la philosophie que commode dans la pratique.

[1] Vgl. Duranton, XVIII, n. 242 vgg.; Troplong, du Mandat, n. 385—413; Diephuis, VIII, n. 685—687.

THESES.

I.

In GAJI Comm. IV, § 48, rejicienda est conjectura MAYERI (Comm. ad h. l.), *sed ut olim* legentis: cum GÖSCHENIO et HUSCHKIO verbum *sed* ante *aestimata re* ponendum.

II.

In l. 23 D. de R. J. lectio codicum Mss. retinenda est: *item dotis datio, tutelae, negotia gesta* (*in his quidem et diligentia*) cet.

III.

Is, qui custodiam praestat, tantum ea furta resarcire debet, quae a diligente patrefamilias praeveniri potuerant.

IV.

Improbanda est sententia SAVIGNII (System, III, p. 95 sqq.; Oblig. II, p. 40 sqq.), bonae fidei obligationes jure JUSTINIANEO per procuratorem constitui posse.

V.

Si a futuris conjugibus et communio bonorum et communio lucri et damni exclusa est, nihil inter eos communicari intelligitur.

VI.

Actio ad recuperandam possessionem vi amissam etiam nudo detentori competit.

VII.

Commodatarius, qui re commodata longiore tempore vel alio modo quam licuit usus est, eos tantum casus praestat, qui non accidissent, si intra fines commodati mansisset.

VIII.

Art. 137 C. Merc. improbandus videtur.

IX.

Argentario privilegium in res oppignoratas, nisi praeceptis artt. 1197 sqq. C. Civ. obsecutus est, non competit.

X.

Ut assecuratio vitae valeat, assecurati interesse necesse est.

XI.

Coauctor moralis eadem poena afficiendus est qua auctor principalis: ceteri socii leviorem poenam subeant.

XII.

Recte in plerisque codicibus poenalibus is, qui pugna singulari hominem interfecit, a ceteris homicidis distinguitur.

XIII.

Judicium juratorum in nostra saltem patria non recipiendum videtur.

XIV.

Recte Bastiat *valorem* definit: „le rapport de deux services échangés."

XV.

Recte legislator Neerlandicus legem a. 1807 de foenore abolevit.